



ما شاء الله لا قوة الا بالله

(الجزء السابع)



من نتائج الافكار في كشف الرموز والاسرار  
لمولانا شمس الدين أحمد بن قودز المعروف  
زاده أفندي قاضي عسكري روماني  
وهي تكملة فتح القدير للحقق  
الكامل بن الهمام رحمه  
الله تعالى آمين

وبها مشه شرح العناية على الهداية للإمام أكل الدين محمد بن محمود الباري  
المتوفى سنة ٧٨٦ وحاشية المولى المحقق سعد الله بن عيسى المثنى الشهير بسعدى  
جلبي وبسعدى أفندي المتوفى سنة ٩٤٥ على شرح العناية المذكور وعلى الهداية

تنبينه قد جعلنا الهداية والتكملة في الصلب الأول في صدر الصحيفة  
وبليه الثاني مفصلاً بينهما بجدول وكذلك جعلنا شرح العناية وحاشية سعدى جلبي  
الأول في صدر الهمامش وبليه الثاني فليعلم

(عمل بيده مكتبة السيد محمد عبد الواحد بك الطوبى وأخيه ميرزا السيد الحسيني بمصر)

﴿ الطبعة الاولى ﴾

بالمطبعة الكبرى الاميرية ببولاق مصر المحمية

سنة ١٣١٧

هجريه

(بالقسم الادبي)

فقه حنفى



باب اقرار المريض

أقر اقرار المريض في باب  
على حدة لاختصاصه  
بأحكام ليست للصحيح وأخره  
لأن المريض بعد الصحة  
قال (واذا أقر الرجل  
في مرض مسوته الخ) إذا  
مرض المدبون ولزمته  
ديون حال مرضه بأسباب  
معلومة مثل بدل مال ملكه  
أو استهلكه أو مهر مثل  
امرأته تزوجها وعلم معاينة  
أو أقر في مرضه بديون غير  
معلومة الأسباب فديون  
الصحة والتي عرفت  
أسبابها مقدمة على الديون  
المقربها (وقال الشافعي  
دين الصحة ودين المرض)  
سواء كان بسبب معلوم  
أولا (يستويان لاستواء  
سببهما وهو الاقرار الصادر  
عن الادل إذا الغرض فيه  
المضاد الى محله وهي  
الذمة القابلة للحقوق

باب اقرار المريض

قال المصنف (واذا أقر  
الرجل الى قوله مقدم)  
أقول التعبر عن المعربة  
تارة بصيغة الجمع وتارة  
بصيغة المفرد دلالة على أنه  
لا فرق بين الدين والديون في  
الحكم قال المصنف (وقال  
الشافعي دين المرض ودين  
الصحة الى قوله وما كحة)

٣٥١٨

٢٠

٤٢٢١

ومن يتوكل على الله  
فهو حسب

(بسم الله الرحمن الرحيم)

باب اقرار المريض

قال (واذا أقر الرجل في مرض مسوته بديون وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه بأسباب معلومة فدين الصحة والدين المعروف للأسباب مقدم) وقال الشافعي رحمه الله دين المرض ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين

باب اقرار المريض

لما فرغ من بيان أحكام اقرار الصحيح شرع في بيان أحكام اقرار المريض لأن المرض بعد الصحة وأمرده بباب على حدة لاختصاصه بأحكام ليست للصحيح (واذا أقر الرجل في مرض مسوته بديون) أي بديون غير معلومة الأسباب (وعليه ديون في صحته وديون لزمته في مرضه) أي في مرض مسوته (بأسباب معلومة) متعلق بلزمته أي لزمته بأسباب معلومة مثل بدل مال ملكه أو استهلكه أو مهر مثل امرأته تزوجها وعلم معاينة (فدين الصحة والدين المعروف للأسباب مقدم) على ما أقر به في مرضه الى هنا لفظ القدوري في مختصره قال المصنف (وقال الشافعي دين المرض) سواء كان بسبب معلوم أو باقراره (ودين الصحة يستويان لاستواء سببهما وهو الاقرار الصادر عن عقل ودين) وانما تعرض

أقول المسمى عام لما ثبت بالاقرار أو بالعناية والدليل خاص فمضى أن يضم اليه أنه لم يفصل أحد دين  
الناتج بالاقرار في دين الصحة والثابت بالعناية فكذلك يجب أن يكون حال الثابت في المرض ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الأدنى  
على حال الأعلى ثم أقول القياس على المباينة والمساكنة بل لا على كون الاقرار سبب الملاء عند الشافعي على ما ذهب اليه بعض  
أصحابنا لا دليلا على ما هو المختار وأشار اليه المصنف في تقرير دليل أئمتنا (قوله وهو الاقرار الصادر الخ) أقول أي هو الاقرار الصادر عن  
الاهل والاقرار المضاف الى المحل ولكن بقى ههنا شيء وهو أن ظاهر هذا الكلام لا يطاق في المشرع

فصار كأنشاء التصرف مبايعة أو منة كحة وانما تعرض لوصف العقل والدين لأنهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار بخبر  
عن الواجب في ذمته ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه (ولنا أن الاقرار غير معتبر اذا تضمن ابطال حق الغير واقرار المريض نفسه  
لان حق غرماء الصحة يتعلق بهذا المال استيفاء ولهذا منع من التبرع والحياة) أصلاً اذا (٣٥) احاطت الديون بحاله وبالزيادة على الثلث  
اذا لم يكن عليه دين وفي هذا

و محمل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كأنشاء التصرف مبايعة ومنة كحة ولنا أن الاقرار لا يعتبر  
دليلاً اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة يتعلق بهذا المال  
استيفاء ولهذا منع من التبرع والحياة لا يقدر لثالث  
لو وصي العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار بخبر عن الواجب في ذمة  
ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه بل بالمرض يزاد جهته بخلاف الصدق لان المرض سبب  
التورع عن المعاصي والانه عاصى في الماضي فالاحتراز عن الكذب في هذه الحالة أكثر فكان جهة  
قبول الاقرار فيه أو فركا في الشروح واعترض بعض الفضلاء على تقرير دليل الشافعي بالوحه  
الذي ذكره المصنف حيث قال فيه كلام وهو ان هذا الدليل انما يفيد مساواته للدين الثابت بالاقرار في  
الصحة فلا يطابق المدعي كما لا يخفى والاولى أن يقال وعند الشافعي الدين في المرض يساوي الدين في الصحة  
لاستواء السبب المعلوم والاقرار انتهى كلامه (أقول) يمكن أن يحاب عنه بأن هذا الدليل اذا أفاد مساواة  
دين المرض للدين الثابت بالاقرار في الصحة فقد أفاد مساواته للدين الثابت بالمعاينة أيضاً بناء على عدم  
الغائل بالفصل بين ذمك الدينين ويطو على مثل ذلك الاجماع المركب كاتقرر في علم لاصول وأراد  
بعض الفضلاء أن يحجب عنه بوجه آخر حيث قال لم تدعي عاملاً أنت لاقراراً بالمعاينة والدليل  
خاص ثم قال ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الأدنى على حال الأعلى (أقول) لا حاصل له ههنا لانه ان  
أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة دين المرض لادنى ديني الصحة وهو الدين الثابت بالاقرار - راد  
في الصحة على مساواته لا على ديني الصحة وهو الدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة وليس بصحيح ان لا يلزم  
من وصول الشيء الى رتبة الأدنى وصوله الى رتبة الأعلى فكيف يجوز التنبيه بالاول على الثاني وان  
أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة أدنى ديني المرض وهو الدين الثابت بالاقرار في المرض للدين  
الثابت بالاقرار في الصحة على مساواة أعلى ديني المرض وهو الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة  
للهدين الثابت بالاقرار في الصحة فهو مسلم ان يلزم من وصول الأدنى الى رتبة شيء وصول الأعلى الى رتبة ذلك  
الشيء بالاولوية لكنه لا يجدي شيئاً ههنا اذ الكلام في قصور الدليل المذكور عن افادة مساواة دين  
المرض للدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة مع عموم المدعي وهذا لا يدفع بذلك على أن مساواة الدين  
اللازم في المرض بأسباب معلومة لدين الصحة مما لا نزاع فيه فلا فائدة في التنبيه عليه أصلاً (ومحل الوجوب  
الذمة القابلة للحقوق) وهي ذمة الحر البالغ العاقل وهي في حالي الصحة والمرض سواء واستوى دين  
المرض ودين الصحة في سبب الوجوب وفي محله فيستويان في الوجوب واذا استويا وجوبا ستويا  
استيفاء (وصار كأنشاء التصرف مبايعة ومنة كحة) أي صار اقراره في المرض كأنشاء التصرف  
بالبيع والشكاح في حالة المرض وذلك مساو لتصرفه في حالة الصحة فكذا ههنا (ولنا أن الاقرار  
لا يعتبر دليلاً اذا كان فيه ابطال حق الغير) أي اذا تضمن ابطال حق الغير كالوهم أو أجرشياً ثم  
أقر أنه لغيره فانه لا ينفسد اقراره في حق المرتين والمستاجر لعلحقه ماله (وفي اقرار المريض ذاك)  
أي ابطال حق الغير (لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال) يعني مال المريض استيفاء أي من  
حيث الاستيفاء (ولهذا منع) أي المريض (من التبرع والحياة لا يقدر لثالث) قال صاحب

و محمل الوجوب الذمة القابلة للحقوق فصار كأنشاء التصرف مبايعة ومنة كحة ولنا أن الاقرار لا يعتبر  
دليلاً اذا كان فيه ابطال حق الغير وفي اقرار المريض ذلك لان حق غرماء الصحة يتعلق بهذا المال  
استيفاء ولهذا منع من التبرع والحياة لا يقدر لثالث

لو وصي العقل والدين لانهما المانعان عن الكذب في الاخبار والاقرار بخبر عن الواجب في ذمة  
ولا تفاوت في ذلك بين صحة المقر ومرضه بل بالمرض يزاد جهته بخلاف الصدق لان المرض سبب  
التورع عن المعاصي والانه عاصى في الماضي فالاحتراز عن الكذب في هذه الحالة أكثر فكان جهة  
قبول الاقرار فيه أو فركا في الشروح واعترض بعض الفضلاء على تقرير دليل الشافعي بالوحه  
الذي ذكره المصنف حيث قال فيه كلام وهو ان هذا الدليل انما يفيد مساواته للدين الثابت بالاقرار في  
الصحة فلا يطابق المدعي كما لا يخفى والاولى أن يقال وعند الشافعي الدين في المرض يساوي الدين في الصحة  
لاستواء السبب المعلوم والاقرار انتهى كلامه (أقول) يمكن أن يحاب عنه بأن هذا الدليل اذا أفاد مساواة  
دين المرض للدين الثابت بالاقرار في الصحة فقد أفاد مساواته للدين الثابت بالمعاينة أيضاً بناء على عدم  
الغائل بالفصل بين ذمك الدينين ويطو على مثل ذلك الاجماع المركب كاتقرر في علم لاصول وأراد  
بعض الفضلاء أن يحجب عنه بوجه آخر حيث قال لم تدعي عاملاً أنت لاقراراً بالمعاينة والدليل  
خاص ثم قال ويجوز أن يكون من التنبيه بحال الأدنى على حال الأعلى (أقول) لا حاصل له ههنا لانه ان  
أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة دين المرض لادنى ديني الصحة وهو الدين الثابت بالاقرار - راد  
في الصحة على مساواته لا على ديني الصحة وهو الدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة وليس بصحيح ان لا يلزم  
من وصول الشيء الى رتبة الأدنى وصوله الى رتبة الأعلى فكيف يجوز التنبيه بالاول على الثاني وان  
أراد أنه يجوز أن يكون من التنبيه بمساواة أدنى ديني المرض وهو الدين الثابت بالاقرار في المرض للدين  
الثابت بالاقرار في الصحة على مساواة أعلى ديني المرض وهو الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة  
للهدين الثابت بالاقرار في الصحة فهو مسلم ان يلزم من وصول الأدنى الى رتبة شيء وصول الأعلى الى رتبة ذلك  
الشيء بالاولوية لكنه لا يجدي شيئاً ههنا اذ الكلام في قصور الدليل المذكور عن افادة مساواة دين  
المرض للدين اللازم في الصحة بأسباب معلومة مع عموم المدعي وهذا لا يدفع بذلك على أن مساواة الدين  
اللازم في المرض بأسباب معلومة لدين الصحة مما لا نزاع فيه فلا فائدة في التنبيه عليه أصلاً (ومحل الوجوب  
الذمة القابلة للحقوق) وهي ذمة الحر البالغ العاقل وهي في حالي الصحة والمرض سواء واستوى دين  
المرض ودين الصحة في سبب الوجوب وفي محله فيستويان في الوجوب واذا استويا وجوبا ستويا  
استيفاء (وصار كأنشاء التصرف مبايعة ومنة كحة) أي صار اقراره في المرض كأنشاء التصرف  
بالبيع والشكاح في حالة المرض وذلك مساو لتصرفه في حالة الصحة فكذا ههنا (ولنا أن الاقرار  
لا يعتبر دليلاً اذا كان فيه ابطال حق الغير) أي اذا تضمن ابطال حق الغير كالوهم أو أجرشياً ثم  
أقر أنه لغيره فانه لا ينفسد اقراره في حق المرتين والمستاجر لعلحقه ماله (وفي اقرار المريض ذاك)  
أي ابطال حق الغير (لان حق غرماء الصحة تعلق بهذا المال) يعني مال المريض استيفاء أي من  
حيث الاستيفاء (ولهذا منع) أي المريض (من التبرع والحياة لا يقدر لثالث) قال صاحب

يحتق على المتأمل ثم رأيت في الكفاية ما يتوهم كونه جواباً على ذلك وهو هذا استدلال بالعلم ليحصل التقرير بالاولوية وهو ان المريض  
لما تعلق بحاله حق الوارث لا يعتبر تبرعه الامن الثلث فاذا منع من التبرع فيما اذا تعلق به حق الوارث وهو أضعف الحقين فلا يمنع  
فما اذا تعلق به حق الغير وهو أقوى أولى اه وأنت خير بأن عدم استقامة التقرير باق بعد

(قوله بخلاف النكاح) جواب (٤) عما استشهد به الشافعي من انشاء النكاح والمباينة وذلك لان النكاح

بخلاف النكاح لانه من الحوائج الاصلية وهو بمهر المثل

النهاية أي فيما اذا لم يكن عليه دين وأما اذا كانت الديون محيطة بماله فلا يجوز تبرعه أصلاً في الثلث وما دونه انتهى وافترق أثره صاحب العناية في حل هذا المحل به - هذا المعنى ولكن غير العبارة حيث قلنا ولهذا منع من التبرع والمحاباة أصلاً اذا أحاطت الديون بماله وبالزيادة على الثلث اذا لم يكن عليه ديون انتهى (أقول) ليس هذا بشرح صحيح اذ الظاهر من قوله ما اذا لم يكن عليه دين اذا لم يكن عليه شيء من الديون أصلاً بمقتضى وقوع النكاح في سياق النفي حينئذ يصير معنى كلام المصنف ولتعلق حق غرماء الصحة بمال المريض منع من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث فيما اذا لم يكن على المريض دين أصلاً ولا يخفى أن هذا معنى لغوي ساقض آخره أوله لانه اذا لم يكن على المريض دين أصلاً لم يتصور تعلق حق الغرماء بماله فالوجه في حل هذا المحل أن زيادة ما ذكره المصنف فيما اذا كان عليه ديون ولكن لم تحط بماله وأما اذا أحاطت الديون بماله فيمنع من التبرع مطلقاً أي بالثلث وبما دونه نعم يمنع المريض من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث وان لم يكن عليه دين أصلاً لكن ذلك ليس لتعلق حق الغرماء بماله بل لتعلق حق الورثة به لا لجل تعلق حق الغرماء بماله كما هو مقتضى قول المصنف ولهذا منع انما يتصور في صورة تحقق الدين عليه كما لا يخفى على ذي مسكة ثم إن جمهور الشراح قالوا في قول المصنف ولهذا منع من التبرع والمحاباة لا بقدر الثلث جواب عما ادعاه الشافعي من استواء حال الصحة وحال المرض فانه لو كانتا متساويتين لما منع من التبرع والمحاباة في حال المرض كما لا يمنع عنهما في حال الصحة (أقول) برده عليه أن يقال لم لا يجوز أن يكون منعه من التبرع والمحاباة بالزيادة على الثلث في حالة المرض لتعلق حق الورثة بماله في تلك الحالة لتعلق حق الغرماء به ألا يرى أنه يمنع من ذلك في تلك الحالة وان لم يكن عليه دين أصلاً فلا يتم الجواب عما ادعاه الشافعي لان ما ادعاه استواء حالتي الصحة والمرض في حق غرماء الصحة والمرض لا في حق الورثة ثم أقول كان الحق على المصنف أن يقول بدل قوله المذكور ولهذا منع من التبرع والمحاباة أصلاً اذا أحاطت الديون بماله اذ يتم الجواب حينئذ عما ادعاه الشافعي قطعاً ويصح التفريع على ما قبله بلا غبار كما لا يخفى على الناطق وكان الامام الزبيدي تنبه لقصور ما ذكره المصنف ههنا في التفريع حيث قال في شرح الكنز بدل ذلك ولهذا منع من التبرع والمحاباة مطلقاً في حقهم غير مقدر بالثلث لكن فيما قاله افراط كما كان فيما قاله المصنف تفريط لان منعه من التبرع والمحاباة مطلقاً في حقهم غير مقدر بالثلث ليس عطل بل فيما اذا أحاطت الديون بماله وأما فيما اذا لم تحط به فقدر بالثلث والظاهر من كلامه الاطلاق فكان فيه افراط فالحق الذي لا يجحد عنه في تنقيح الكلام ههنا لا فائدة تمام المقصود ما نبهنا عليه آنفاً فان قيل الاقرار بالوارث في المرض صحيح مع أنه يطلب به حق سائر الورثة فلم يصح الاقرار بالدين في المرض اذا كان فيه ابطال حق غرماء الصحة مع استوائهما في ابطال حق الغير قلنا استحقاق الوارث المال بالنسب والموت جميعاً فلا استحقاق يضاف الى آخرهما وجودا وهو الموت ألا يرى أن شاهد ذي النسب قبل الموت اذا رجع بعد الموت والمشهود له أخذ المال لم يضعنا شيئاً فأما الدين فلم يجب بالموت بل يجب بالاقرار كذا في المبسوط والاسرار (بخلاف النكاح) جواب عما استشهد به الشافعي من انشاء النكاح بمعنى لا يلزمنا ذلك (لانه من الحوائج الاصلية) قال بقائه النفس بالناسل ولا طريق للناسل الا بالنكاح والمرء غير ممنوع عن صرف ماله الى الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية (وهو) أي النكاح (بمهر المثل) هذه جملة حالية يعني أن النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز كذا في العناية قال بعض الفضلاء فيه بحث فان النكاح من الحوائج الاصلية مطلقاً (أقول) يكون

من الحوائج الاصلية والمرء غير ممنوع من الحوائج الاصلية وان كان ثمة دين الصحة كالصرف الى ثمن الادوية والاغذية (قوله) وهو بمهر المثل يجوز أن يكون حالاً يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه بمهر المثل وأما الزيادة على ذلك فباطلة والنكاح جائز فان قيل لوزوج شيخ فان رابعة جاز وليس يحتاج اليها فلم يكن من الحوائج الاصلية أجب بان النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لا أصل الوضع لالعمال فان الحلال عمالا يوقف عليها

قال المصنف (بخلاف النكاح) لأنه من الحوائج الاصلية (أقول) سيجيء ان قضاء الدين أيضاً من الحوائج الاصلية وابطال حق الغرماء مستتر فان البضع ليس بمال متقوم فما الفرق وجوابه أنه لم يظهر ثبوت الدين ههنا لمسكان التهمة حتى يكون قضاؤه من الحوائج فليتنامل (قوله) وهو بمهر المثل (أقول) هذه جملة معترضة (قوله) يجوز أن يكون حالاً (أقول) يعني من المستتر في الخبر (قوله) يعني ان النكاح من الحوائج الاصلية حال كونه

(قوله وبخلاف المبايعة) يعني ان المبايعة بمثل القيمة لا تبطل حق الغرماء لانه يتعلق بالمالية لا بالصور والمالية باقية فان قيل لو تعلق حق الغرماء بعمل المدينون بطل اقراره بالدين حال الصحة لانه لا اقرارا للمتضمن (٥) لا بطلان حق الغير ليس يعتبر كما مر

أجاب بقوله (وفي حال الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيحقق التميز) فلم يمتنع الى تعليق الغرماء بماله (وهذه) أي حالة المرض (حالة العجز) عن الاكتساب فينتعلق حقهم به حذرا عن التوى فان قيل سلمنا ذلك لكن اذا أقر في المرض ثانيا وجب أن لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح في حق غرماء الصحة لذل أن أجب بقوله (وحالنا المرض حالة واحدة) يعني أوله وآخره بعد اتصال الموت به حالة واحدة (لانه حالة العجز) فكانا بمنزلة اقرار واحد تحالتي الصحة فيعتبر الاقراران جميعا (بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز فبغير فرقان) فيمنع تعلق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولا يمنع الاقرار في أول المرض عن الاقرار في آخره وهذا الدليل أفاد التفرقة بين دين الصحة ودين المرض وبقي الكلام في تقديم الدين المعروفة الاسباب بالدين المعروفة الاسباب فقال (وانما تقدم الدين المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها) أي في ثبوت تلك الدين (اذ المعايير لا مردله) يعني أن ثبوتها بالمعينة والامر المعايير لا مردله فتقدم على المقر به في المرض (وذلك) أي ما ذكر من الدين المعروفة الاسباب (مثل بدل مال ملكه) كمن المبيع وبطل القرض (أو استهلكه) أي أو بدل مال استهلكه (وعلم وجوبه) أي وجوب البطل (بغير اقراره) أي بغير اقرار المريض أن يثبت وجوبه في ثبوتها اذا المعايير لا مردله

وبخلاف المبايعة بمثل القيمة لان حق الغرماء يتعلق بالمالية لا بالصور وفي حالة الصحة لم يتعلق بالمال لقدرته على الاكتساب فيحقق التميز وهذه حالة العجز وحالنا المرض حالة واحدة لانه حالة العجز بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز فافترا وانما تقدم الدين المعروفة الاسباب لانه لا تهمة في ثبوتها اذا المعايير لا مردله وذلك مثل بدل مال ملكه أو استهلكه وعلم وجوبه بغير اقراره النكاح من الحوائج الاصلية مطلقة ممنوع فان الحوائج الاصلية ما يكون من ضروريات الانسان والنكاح بأكثر من مهر المنسل ليس من ضرورياته لامكان حصوله بمهر المثل فان قيل لو تزوج وهو لا يحتاج اليه بسبب أن له نساء جوارى وهو شيخ كبير لا يولد له عادة جاز وهي تشارك غرماء الصحة مع أن هذا النكاح لم يكن من الحوائج الاصلية لانه ليس له رجاء بقاء النسل ولا احتياج قضاء شهوة قلنا النكاح في أصل الوضع من مصالح المعيشة والعبرة لا أصل الوضع للعال فان الحال مما لا يوقف عليه ليتنى الامر عليها اليه أشار في الاسرار وذكر في الشروح (وبخلاف المبايعة بمثل القيمة) جواب عما استشهد به الشافعي من انشاء المدايعة يعني ولا يلزمنا المدايعة بمثل القيمة (لان حق الغرماء يتعلق بالمالية لا بالصور) والمالية باقية في المدايعة بمثل القيمة وان كانت الصورة فلم يكن في انشاء ذلك ابطال شيء من حقهم بل فيه تحصيل حقهم من محل الى محل يعدله وللبطل حكم البطل ولما استشعر أن يقال لو تعلق حق الغرماء بعمل المدينون بطل اقراره بالدين حال الصحة أيضا لان الاقرارا للمتضمن لا بطلان حق الغير غير معتبر كما مر مع أن ذلك ليس يبطل بالاجماع أجب بقوله (وفي حالة الصحة لم يتعلق) حق الغرماء (بالمال) أي بعمل المدينون (لقدرة على الاكتساب) أي لقدرة المدينون على الاكتساب في تلك الحالة (فيحقق التميز) أي تميز المال وهو كثيره يقال ثمر الله ماله أي كثره فلم تقع الحاجة الى تعلق حق الغرماء بماله (وهذه) أي حالة المرض (حالة العجز) عن الاكتساب فينتعلق حقهم بماله في هذه الحالة حذرا عن التوى ولما استشعر أن يقال سلمنا ذلك لكن اذا أقر في المرض ثانيا ينبغي أن لا يصح لتعلق حق المقر له الاول بماله كما لا يصح اقراره في المرض في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم بذلك أجب بقوله (وحالنا المرض حالة واحدة) أي حالة أول المرض وحالة آخره بعد أن يتصل به الموت حالة واحدة (لانه) أي لان المرض (حالة العجز) ولهذا يمنع عن التسرع فكان الاقراران في المرض بمنزلة اقرار واحد كان حالتي الصحة حالة واحدة فيعتبر الاقراران جميعا (بخلاف حالتي الصحة والمرض لان الاولى أي حالة الصحة حالة اطلاق) للتصرف (وهذه) أي حالة المرض (حالة عجز) عن التصرف قال في غاية البيان لو قال حالة عجز لمكان أولى لكونه أشد مناسبة بالاطلاق (فافترا) أي افتراق الوجهان أو الحسبان فنفع تعلق حق غرماء الصحة بماله عن اقراره في حالة المرض ولم يمنع الاقرار في أول المرض عن الاقرار في آخره ثم إن الدليل المذكور أفاد تقديم دين الصحة على الدين الثابت بالاقرار في حالة المرض وبقي الكلام في تقديم الدين المعروفة الاسباب عليه فقال (وانما تقدم المعروفة الاسباب) يعني انما تقدم الدين اللازمة في حالة المرض بأسباب معلومة على الدين الثابت بالاقرار في حالة المرض (لانه لا تهمة في ثبوتها) أي في ثبوت تلك الدين (اذ المعايير لا مردله) يعني أن ثبوتها بالمعينة والامر المعايير لا مردله فتقدم على المقر به في المرض (وذلك) أي ما ذكر من الدين المعروفة الاسباب (مثل بدل مال ملكه) كمن المبيع وبطل القرض (أو استهلكه) أي أو بدل مال استهلكه (وعلم وجوبه) أي وجوب البطل (بغير اقراره) أي بغير اقرار المريض أن يثبت وجوبه في ثبوتها اذا المعايير لا مردله

قال المصنف (لان الاولى حالة اطلاق وهذه حالة عجز) أقول الانسب بقوله حالة اطلاق أن يقال حالة عجز رسيقني اليه الاتقاني (قوله بين دين الصحة ودين المرض) أقول الثابت بالاقرار والاضافة للعهود



أو تزوج امرأته مهر مثلها وهذا الدين مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما ينشأ ولو أقر بعين  
في يده لا تخول يصح في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به ولا يجوز للريض أن يقضي دين بعض الغرماء  
دون البعض لأن في إبطال البعض إبطال حق الباقيين

بمعينة القاضي أو بالدية (أو تزوج امرأته مهر مثلها) هذا عطف على بدل مال ملكه أو استهلكه  
بحسب المعنى كأنه قال أو مهر مثل امرأته زوجها فإنه أيضا من الديون المعروفة للأسباب (أقول)  
الظاهر أن كون العلم بوجوبه بغير إقرار المريض شرط في هذا المثل أيضا ولا كان مما يثبت بإقرار  
المريض فلا يصح مثلا لما يقدم عليه من الديون المعروفة للأسباب وإذا كان ذلك شرطا في هذا  
أيضا لا يرى في تأخير المصنف عن قوله وعلم وجوبه بغير إقراره وجه وجيه (وهذا الدين) يعني  
الدين اللازم في المرض بأسباب معلومة (مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر لما ينشأ) أشار به  
إلى قوله لأنه لا تتم مة في ثبوتها فإن تلك العلة أعني عدم التهمة في الثبوت كما تنشئ في الدين اللازم في  
المرض بأسباب معلومة بناء على أن المعايير لا مرد له كذلك تنشئ في دين الصحة مطلقا أما فيما لم يرد في  
الصحة بأسباب معلومة فبناء على أن المعايير لا مرد له وأما فيما ثبت في الصحة بالإقرار فبناء على أن لا يكون  
فيه إبطال حق الغير كما في إقرار المريض هذا وقال صاحب غاية البيان قوله لما ينشأ إشارة إلى قوله  
إذا المعايير لا مرد له (أقول) ليس هذا ابتداء لان تلك العلة أعني قوله إذا المعايير لا مرد له لا تنشئ فيما إذا  
ثبت دين الصحة بالإقرار إذا الثابت بإقرار ليس من المعايير فلا يظهر بها أن لا يقدم هذا الدين على دين  
الصحة مطلقا بخلاف ما ذكرناه وقال صاحب العناية لما ينشأ من الحوائج الأصلية يعني في النكاح  
ولا تهمة في ثبوتها في غير ما انتهى (أقول) هذا تكلف مستغنى عنه فإن قول المصنف لأنه لا تهمة في ثبوتها  
مع قرينه في الذكروته للدين اللازم بسبب النكاح والدين اللازم بسبب غيره جميعا كيف لا يكتفي  
به في شرح قوله ههنا لما ينشأ في صارت إلى توزيع قوله لما ينشأ إلى قوله لأنه لا تهمة في ثبوتها وإلى قوله في بعيد  
بخلاف النكاح لأنه من الحوائج الأصلية وهو عهر المثل كما يقتضيه تقرير صاحب العناية وقال صاحب  
النمائية ومراجع الدراية قوله لما ينشأ إشارة إلى قوله لأنه من الحوائج الأصلية وقوله لأنه لا تهمة في ثبوتها  
(أقول) إن أراد أن قوله لما ينشأ إشارة إلى قوله المسد كورين في الموضوعين بطريق التوزيع كما قرره  
صاحب العناية فيرد عليهم ما يرد عليه من أنه تكلف مستغنى عنه كما بيناه وإن أراد أنه إشارة إلى قوله  
المسد كورين بطريق الاستقلال يعني أن كل واحد منهما يصلح أن يكون علة مستقلة لتكون الديون  
المعروفة للأسباب مطلقا مثل دين الصحة لا يقدم أحدهما على الآخر فليس يصحح لأن قوله لأنه من  
الحوائج الأصلية وهو عهر المثل مخصوص بالنكاح وليس كثير من أسباب تلك الديون من الحوائج  
الأصلية قط فلا يتم المقصود (ولو أقر) أي المريض (بعين في يده لا تخول) سواء كانت العين أمانة  
أو مضمونة (لم يصح) إقراره (في حق غرماء الصحة لتعلق حقهم به) أي بما أقرب به ذكر المصنف هذه  
المسئلة تفريعا على مسئلة القدوري ومفادها أن الإقرار بالعين في المرض كالإقرار بالدين فيه  
(ولا يجوز للريض أن يقضي دين بعض الغرماء دون البعض) خلافا للشافعي ذكر المصنف هذه المسئلة  
أيضا تفريعا على مسئلة القدوري وقال في تعليلها (لأن في إبطال البعض إبطال حق الباقيين)  
وهو لا يصح فإن فعل ذلك لم يسل المقبوض للقباض بل يكون ذلك بين الغرماء بالحصص عندنا نص  
عليه في المبسوط وغيره وقال الشافعي المقبوض سالم للقباض لأن المريض ناظر لنفسه فيما يصنع  
فربما يقضي دين من يخاف أن لا يسامحه بالبراء بعد موته بل يخافه في الآخرة والتصرف على وجه

فقدم على المقر به وتصير  
مثل دين الصحة (لا يقدم  
أحدهما على الآخر  
لما ينشأ) أنه من الحوائج  
الأصلية يعني في النكاح  
ولا تتم مة في ثبوتها في غيره  
قال (ولو أقر بعين في  
يده لا تخول يصح) الإقرار  
بالعين في المرض كالإقرار  
بالدين فيه يمنع عن ذلك  
تعلق حق الغرماء بالعين  
(ولا يجوز للريض أن يقضي  
دين بعض الغرماء دون بعض)  
سواء كانوا غرماء الصحة أو  
المرض أو محتطين (لأن في  
ذلك إبطال حق الباقيين)  
فلا يصح فإن فعل ذلك لم  
يسل المقبوض للقباض بل  
يكون بين الغرماء بالحصص  
عندنا وقال الشافعي سلمه  
ذلك لأن المريض ناظر  
لنفسه فيما يصنع فربما  
يقضي من يخاف أن لا يسامحه  
بالبراء بعد موته ويخافه  
في الآخرة والتصرف على  
وجه النظر غير مردود  
والجواب أن النظر لنفسه  
إنما يصح إذا لم يبطل حق غيره

(قوله ولا تهمة في ثبوتها في  
غيره) أقول فيه بحث فإن  
الظاهر من كلام المصنف  
أن قوله لأنه لا تهمة في ثبوتها يعم  
النكاح وغيره قال  
الاتقاني قوله لما ينشأ إشارة  
إلى قوله إذا المعايير لا مرد له  
أه وفيه بحث أيضا

وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء الا اذا قضى ما استقرض في مرضه أو نقدت في ما اشترى في مرضه وقد علم بالبينه قال (فاذا قضيت) يعني الديون المقدمة (وقد علم) أي بصرف شيء ما أقرب به في حالة المرض) لأن الاقرار في ذاته صحيح وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته قال (وان لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره) لانه لم يتضمن ابطال حق الغير

النظر غير مردود والجواب ان النظر له نفسه انما يصح اذا لم يبطل حق غيره (وغرماء الصحة والمرض في ذلك سواء) أي وغرماء الصحة وغرماء المرض الذين كانوا غرماء في الديون المعروفة الاسباب سواء في عدم جواز اشارة البعض على البعض بقضاء الدين والعلة انما تترك الكل وتساوهم في تعلق حقهم بمحل المريض (الا اذا قضى ما استقرض في مرضه) هذا استثناء من قوله ولا يجوز للمريض أن يقضى دين بعض الغرماء دون البعض وقوله في مرضه متعلق بالفعلين جميعاً أعني قضى واستقرض فالمعنى الا اذا قضى في مرضه ما استقرض في مرضه وكذلك قوله (أو نقدت في ما اشترى في مرضه) أي نقدت في مرضه ثمن ما اشترى في مرضه (وقد علم) وجوبه (بالبينه) أي والحال أنه قد علم وجوب كل واحد من الرضاء والتفدية بالبينه أو بماينة القاضي في حيث لا يجوز أن يخص المريض المقرض والبائع بقضاء دينه ما لم يسلم المقبوض له ما ولا يشاركه ما في ذلك غيرهما لانه لم يبطل حق الغرماء بل انما حوله من محل الى محل بعدله وكان تعلق حقهم بالمالية لا بالصورة والمالية لم تفت بالتحويل وفي المبسوط رأيت لورد ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع أو كان يمنع سلامته للرد وعليه لحق غرماء الصحة لا يمنع ذلك فكذلك اذا رد به لأن حكم البديل حكم البديل قال في النهاية ودكر في الذخيرة ما وضع من هذا فقال فان قضى المريض ديون هؤلاء لاهل لغرماء الصحة أن يشاركوهم فيما قبضوا قالوا لا يشاركون المقرض والبائع ويشاركون المرأة والا بحر لأن المريض بقضاء دين المقرض والبائع لم يبطل حق غرماء الصحة لما ذكرنا أن حق غرماء الصحة في معنى مال المريض لا في أعيانه وهذا لا يكون ابطالا لحقهم بل كان نقلا لحقهم وله ولاية النقل الا يرى أنه لو باع ماله ليعوفى حقوقهم كان له ذلك فاما في النكاح والاجارة فبقضاء المهر والاجراء بطل حق غرماء الصحة عن عين المال وعن ماله لانه ما وصل اليه من المفعة لا يصل لقضاء حقوقهم فصار وجود هذا العوض في حقهم وعدمه بمنزلة فكان ابطالا لحقهم واستلها ولاية الابطال انتهى (قال) أي القدروري في مختصره (فاذا قضيت) على صيغة المجهول وفسر المصنف القائم مقام الفاعل بقوله (يعني الديون المقدمة) وأراد بالديون المقدمة ديون الصحة والديون اللازمة في المرض بأسباب معلومة (وقد علم) هذا من كلام القدروري يعني وقصلي شيء من التركة بعد قضاء الديون المذكورة (بصرف شيء ما أقرب به في حالة المرض) قال المصنف في تعليقه (لان الاقرار في ذاته صحيح) أي محمول على الصدق في حق المقرض ودوره عن أهله في محله اذا الكلام فيه فيكون حجة عليه (وانما رد في حق غرماء الصحة) لكونه متهما في حق الغير (فاذا لم يبق حقهم ظهرت صحته) أي صحة اقراره في المرض لزوال المانع (قال) أي القدروري في مختصره (وان لم يكن عليه) أي على المريض (ديون في صحته جاز اقراره) وان كان بكل ماله قال المصنف في تعليقه (لانه لم يتضمن ابطال حق الغير) يعني أنه انما رد لتضمنه ابطال حق الغير فاذا لم يتضمن ذلك نفذ اقراره لعدم المانع (أقول) كان الظاهر في وضع المسئلة أن يقال وان لم يكن عليه ديون في صحته ولا ديون لازمة في مرضه بأسباب معلومة جاز اقراره لان الديون اللازمة في المرض بأسباب معلومة متقدمة أيضا على الدين الثابت باقرار المبيع يرض كما مر فاذا كان عليه تلك الديون فظاهر أن لا يجوز اقراره وان لم يكن عليه ديون في صحته لتضمنه ابطال حق غرماء الديون اللازمة في مرضه بأسباب معلومة

(قوله الا اذا قضى ما استقرض) استثناء من قوله ولا يجوز للمريض ومعناه اذا قضى في مرضه ما استقرضه في مرضه أو نقدت في ما اشترى كذلك وقد علم ذلك بالبينه أو بالمعينة جاز وسلم المقبوض للقباض لا يشاركه غيره لانه لم يبطل حق الغرماء وانما حوله من محل الى محل آخر بعدله رأيت لورد ما استقرضه بعينه أو فسخ البيع ورد المبيع أو كان يمنع سلامته للرد وعليه لحق غرماء الصحة لا فكذلك اذا رد به لأن حكم البديل حكم البديل (فاذا قضيت) الديون المقدمة) بنوعها (وقد علم) أي بصرف شيء ما أقرب به في حالة المرض لان الاقرار في ذاته صحيح) أي محمول على الصدق في حقه حجة عليه (وانما رد في حق غرماء الصحة فاذا لم يبق لهم حق ظهرت صحته واذا لم يكن عليه ديون في صحته جاز اقراره) وان كان بكل المال (لعدم تضمنه ابطال حق الغير

(قوله أو نقدت في ما اشترى في مرضه) أي نقدت في مرضه ثمن ما اشترى في مرضه

(وكان المقر له أولى من الورثة) أقول عمر رضي الله عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته  
ولأن قضاء الدين من الحاجات الأصلية وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ ولهذا تقدم حاجته  
في التكفين فقال (ولو أقر المريض لوارثه لا يصح إلا أن يصدق فيه بقية الورثة) وقال الشافعي  
في أحد قوليه يصح

(وكان المقر له أولى من الورثة)

لقول عمر رضي الله عنه إذا  
أقر المريض بدين جاز ذلك  
عليه في جميع تركته) فإن  
قيل الشرح قصر تصرف  
المريض على الثلث لقوله  
عليه الصلاة والسلام  
الثلث والثلث كثير وذلك  
أقوى من قول عمر أوجب  
بأن ذلك في الوصية وما في  
معناها والاقرار الاجنبي  
ليس من ذلك كما سبأني  
(ولأن قضاء الدين من الحاجات  
الأصلية) لأن به رفع الحائل  
بينه وبين الجنة وحق  
الورثة يتعلق بالتركة بشرط  
الفراغ عن الحاجة ولهذا  
يقدّم تجهيزه وتكفينه  
قال (ولو أقر المريض لوارثه  
لا يصح) وأقرار المريض  
لوارثه باطل سواء أقر بعين  
أو بدين (الآن يصدق فيه  
بقية الورثة) وقال الشافعي  
في أحد قوليه يصح

(قوله كما سبأني) أقول في  
آخر الصحيفة

(وكان المقر له أولى من الورثة) هذا من كلام القدوري أيضاً قال المصنف في تعليقه (لقول عمر رضي الله  
عنه إذا أقر المريض بدين جاز ذلك عليه في جميع تركته) والأثر في مثله كالحبر لانه من المقدوات فلا يدرك  
بالقياس فيعمل على أنه سمعه من النبي صلى الله عليه وسلم كذا في التبيين قال صاحب غاية البيان فيه  
نظر لا يهروى في مسوط خواهر زاده وغيره عن ابن عمر لا عرو وكذا روى في الاصل حديث محمد بن الحسن  
فيه عن يعقوب عن محمد بن عبد الله عن نافع عن ابن عمر أنه قال إذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل  
غير وارث فانه جائز وإن أحاط ذلك بماله (أقول) هذا النظر غير وارد لأن كونه مروياً عن ابن عمر لا ينافي  
كونه مروياً عن عمر أيضاً فيجوز أن يستند بعض الفقهاء في النقل إلى أحدهما كما وقع في الكتب  
التي ذكرها وبعضهم إلى الآخر كما وقع في الهداية والكافي وغيرهما سيما إذا اختلفت عبارة الفريقين  
في النقل ويؤيد ذلك ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولما روى عن عمر وابنه عبد الله رضي الله  
تعالى عنهما أنهما إذا أقر المريض لوارثه لم يجز وإذا أقر لا حنفي جاز انتهى فتدبر (ولأن قضاء  
الدين من الحاجات الأصلية) اذ فيه رفع الحائل بينه وبين الجنة قال النبي صلى الله عليه وسلم الدين  
حائل بينه وبين الجنة كذا في الشروح (وحق الورثة يتعلق بالتركة بشرط الفراغ) عن الحاجة  
(ولهذا تقدم حاجته) أي حاجة الميت (في التكفين) والتجهيز (أقول) لقائل أن يقول إن كان  
قضاء الدين الثابت باقرار المريض من الحاجات الأصلية لا يتم ما ذكره المصنف فيما مر للفرق بين الدين  
الثابت باقرار المريض وبين الدين اللازم بمنه بقره بقوله بخلاف النكاح لانه من الحاجات الأصلية وهو  
بغير المثل ثم أقول عكس أن يقال قضاء الدين الثابت باقرار المريض يكون من الحاجات الأصلية إذا لم يتحقق  
هناك دين الصحة والدين اللازم في المرض بأسباب معلومة أو متحققة ولكن فضل شيء من التركة بعد قضاءهما  
وأما إذا تحققوا لم يفضل شيء من التركة بعد قضاءهما فلا يكون الدين الثابت باقرار المريض من الحاجات  
الأصلية لأن علة كونه من الحاجات الأصلية أن يرفع به الحائل بين المدين وبين الجنة كما مر وذلك  
العلة منتفية عند تحقق دين الصحة ودين المرض بأسباب معلومة مع عدم وفاء التركة بما سواهما لا نهما  
يحولان حينئذ بينه وبين الجنة ما لم يرفع بقضاءهما بخلاف النكاح فإن علة كونه من الحاجات الأصلية  
كونه من مصالح المعيشة وهذه العلة متحققة في كل حال وأجاب بعض الفضلاء عن الإيراد المذكور بأنه لم  
يظهر ثبوت الدين فيما إذا أقر بدين في مرضه وعليه ديون الصحة لمكان التهمة حتى يكون قضاءه من  
الحوائج الأصلية (أقول) يرد عليه أنه يصير حينئذ مدار الفرق بين ما أقر به في مرضه وبين ما لم ينسكح به  
عدم ظهور ثبوت الاول لمكان التهمة وظهور ثبوت الثاني إذا المعين لا مرد له لعدم كون الاول من  
الحوائج الأصلية وكون الثاني منها كما يقتضيه قول المصنف بخلاف النكاح فانه من الحاجات الأصلية  
ومورد الإيراد أعلاه وقول المصنف هذا ويمكن التوجيه فتأمل (قال) أي القدوري في مختصره (ولو أقر  
المريض لوارثه لا يصح) سواء أقر بعين أو بدين كما صرحوا به وعن هذا قال صاحب النهاية وهو باطلاقة  
يتناول العيين والدين (الآن يصدق فيه) أي في اقراره هذا (بقية الورثة) وبه قال الشافعي في قول  
وأحمد وهو قول شريح وأبراهيم التيمي ويحيى الانصاري والقاسم وسالم وأبو هاشم (وقال الشافعي في  
أحد قوليه يصح) وهو قول أبي ثور والعطاء والحسن البصري وقال مالك يصح إذا لم يهتم ويبطل إذا اهتم  
بكن له بنت وابن عم فأقر لابنته لم يقبل ولو أقر لابن عمه قبل أن يذبحها لم يقبل وإذا لم يذبحها لم يقبل وإذا لم يذبحها لم يقبل

لأنه اظهر الحق ثابتا ترجح جانب الصدق فيه (بدلالة الحال والمريض غير ممنوع عن ذلك لكونه سعيافي فكاله رقبته) (نصار كالاقرار لا تجني وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث) كما اذا اودع اياه ألف درهم بعناية الشهود فلما حضرت الوفاة قال استهلكتها ومات وانكر بقية الورثة فان اقراره صحيح والالف من تركته للابن المقرلة (٩) خاصة لان تصرف المريض انما يرد

للتهمة ولا تهمة ههنا ألا ترى انه ان كذبناه فمات وجب الضمان أيضا في تركته لانه مات مجبلا (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين) وهو نص في الباب لكن شمس الأئمة قال هذه الزيادة غير مشهورة والمشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما وأراد به ما روى عنه اذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بعالمه وان أقر لوارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة وبه أخذ علما وألا أن قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس

لأنه اظهر الحق ثابتا ترجح جانب الصدق فيه وصار كالاقرار لا تجني وبوارث آخر وبوديعة مستهلكة للوارث ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين

في نصيها دليل ما قاله الشافعي في أحد قوله ما ذكره المصنف بقوله (لأنه) أذكر لان هذا الاقرار (اظهار حق ثابت) أي اخبار عن حق لازم عليه (ترجح جانب الصدق فيه) أي في هذا الاقرار بدلالة الحال فان حال المرض أدل على الصدق لانه حال تدارك الحقوق فلا يجوز أن يثبت الحجر عن الاقرار به (وصار) هذا الاقرار (كالاقرار لا تجني وبوارث آخر) فحوا أن يقر لمجهول النسب بأنه ابنه فانه يصح وان تضمن وصول شيء من التركة اليه (وبوديعة مستهلكة للوارث) أي وكالاقرار باستهلاك ووديعة معروفة للوارث فانه صحيح وصورة ذلك على ما ذكر في الجامع الكبير رجل أودع اياه ألف درهم في حال صحة الاب أو مرضه بعناية الشهود فلما حضرته الوفاة قال استهلكتها ومات وانكر ذلك سائر الورثة فان اقرار المريض جائز والالف من تركته للابن المقرلة خاصة قال جماعة من الشراح والجواب عنه أن المولى لم يعتبر اقراره بصير كانه مات مجبلا فيجب الضمان فلا يفيد اقراره ولا أن تصرف المريض انما يرد للتهمة ولا تهمة في المعايضة انتهى (أقول) جوابهم الثاني ليس بصحيح لان الثابت بالمعينة في المسئلة المذكورة انما هو ايداع الوارث تلك الوديعة لاستهلاك المورث اياها وانما ثبت الاستهلاك باقرار المورث لا غير كما هو المفروض في هاتين المسائلتين في الكلام في صحة الاقرار بالاستهلاك فالصواب من جوابهم هو الاول كما هو المفهوم عما ذكر في الجامع الكبير من تعليل المسئلة المذكورة بقوله لان تصرف المريض انما يرد للتهمة لا لخلل فيه ولا تهمة في هذا لا يرى أنا اذا كذبناه فمات وجب الضمان أيضا في تركته لانه مات مجبلا انتهى وكان تلك الجماعة من الشراح اغترروا بما في الجامع الكبير من قوله ولا تهمة في هذا ففهموا أن وجه عدم التهمة فيه ثبوته بالمعينة وليس كذلك بل وجه ذلك وجوب الضمان على المقر سواء صدق في اقراره أم كذب لانه مات مجبلا كما هو الظاهر من التنوير المذكور فيه ثم ان صاحب العناية لم يصب أيضا في تقرير هذا المقام حيث ذكر المسئلة المذكورة مع تعليلها المذكور في الجامع الكبير عند تقرير دليل الشافعي مع أن التعليل المذكور راجع إلى الشافعي لأنه وانما انصوب أن يذكر مضمون ذلك التعليل ههنا على وجه الجواب عن قياس الشافعي ما نحن فيه إلى تلك المسئلة المذكورة كما ذكره غيره (ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث ولا تراره بالدين) رواد الدارقطني في سننه عن نوح بن دراج عن أبان بن ثعلب عن جعفر بن محمد عن أبيه قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين قال شمس الأئمة السر خفي في مبسوطه ويحتمل في ذلك قوله عليه الصلاة والسلام ألا لا وصية لوارث ولا اقرار له بالدين إلا أن هذه الزيادة قد سبقت مشهورة وانما المشهور قول ابن عمر رضي الله عنهما اذا أقر الرجل في مرضه بدين لرجل غير وارث فانه جائز وان أحاط ذلك بعالمه وان أقر لوارث فهو باطل إلا أن يصدقه الورثة وبه أخذ علما وألا أن قول الواحد من فقهاء الصحابة عندنا مقدم على القياس انتهى وقال صاحب البديع بعد ذكر قول ابن عمر رضي الله عنه فيه مخالف من الصحابة فيكون اجابا انتهى أقول كل واحد من الحديثين والروايات التي في من روى رسول الله صلى الله عليه وسلم

قال المصنف (لأنه اظهر الحق ثابتا الخ) أقول فيه دلالة على ان الاقرار مظهر عنه أنه أيضا لا سبب للوجوب كما يفهم من تقرير دليله المذكور في أول الباب ولعل فيه وابن عن الشافعي كما عن أصحابنا أو يقدح في المضاف هناك والمعنى لاستواء عيني ظهورهما (قوله ألا ترى أنه ان كذبناه فمات وجب

(٣ - تكملة سابق) الضمان أقول رحمه الله في هذا المخرج من قياس الشافعي في النزاع بالاقرار باستهلاك ووديعة معروفة للوارث فلا يناسب ذكره في تقرير دليله (تولده لنا قوله عليه الصلاة والسلام لا وصية لوارث الحديث) أقول رواه الدارقطني كذا قال الانصاف (قوله لكن شمس الأئمة قال هذه الزيادة الخ) أقول يعني في المبسوط (تريه وأراد به الخ) أقول يعني أراد بقول ابن عمر رضي الله عنهما



(ولأن حق الورثة يتعلق بحاله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلاً ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقيين ولأن حالة المرض حالة الاستغناء والتقرب سبب التعلق بهذا التعلق لم يظهر في

(ولأن حق الورثة يتعلق بحاله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلاً ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقيين) وتذكر ما أوردنا بالاقرار بوارث آخر وما أجنبناه عنه (ولأن حالة المرض حالة الاستغناء) عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء المال وكل ما هو كذلك فالأقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمته تخصيصه (والقربة) تمنع عن ذلك لانها (سبب تعلق حق الاقرار بالمال) وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم شيئاً منه بلائحة ص (الآن هذا التعلق لم يظهر في

قال المصنف (راهذا يمنع من التبرع الخ) أقول مسأ كلاً لا بالهبة ولا بالوصية ولا من الثلث ولا بما زاد فإنه إذا لم يوص بالثلث يتعلق به حق الوارث أيضاً تدبر قال المصنف (ففي تخصيص البعض به الخ) أقول الظاهر أن به مال وفي بالواو قال المصنف (ولأن حالة المرض الخ) أقول عطف على قوله ولهذا الخ فإنه كان دليلاً لا ينافي دليل لم (قوله يورث تهمته تخصيصه) أقول لجواز أنه أراد الايضاح بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية

ولأنه يتعلق حق الورثة بحاله في مرضه ولهذا يمنع من التبرع على الوارث أصلاً ففي تخصيص البعض به ابطال حق الباقيين ولأن حالة المرض حالة الاستغناء والتقرب سبب التعلق بهذا التعلق لم يظهر في

عليه وسلم والاثر الذي روي عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما أنهما ذهبا ل على بطلان اقرار المريض بوارث بالدين بدون تصديق الورثة ومثلنا تم بطلان اقراره بالدين وبالعين كما صرحوا به فكان الدليل قاصراً عن إعادة تمام المدعى اللهم إلا أن يلتزم ذلك بناء على إعادة الدليل العقلي الآتي كلية المدعى فتأمل (ولأنه يتعلق حق الورثة بحاله في مرضه ولهذا يمنع) أي المريض (من التبرع على الوارث) كالوصية والهبة له (أصلاً) أي بالكليمة (في تخصيص البعض به) أي في تخصيص البعض الورثة بحاله (ابطال حق الباقيين) أي ابطال حق باقي الورثة وهو جوارعهم فيردون ذكرهنا ما أورد عليه من الاشكال بالاقراء في المرض بوارث آخر وجوابه فاقصد ذكرناهما فيما مر من نفعنا عن المسوط والاسرار فان قيل حق الورثة انما يظهر بعد الفراغ عن حاجته فإذا أقر بالدين لبعض الورثة فقد ظهر حاجته لأن العاقل لا يكذب على نفسه خرافاً بالمرض زداده الصدق لان الباعث الشرعي ينضم الى العقلي فيبعثه على الصدق قلنا الاقرار بالوارث اصيل نفع اليه من حيث الظاهر وفيه ابطال حق الباقيين ووجوب الدين لم يعرف الا بقوله وهو مستقيم فيه لجواز أنه أراد الايضاح بهذا الطريق حيث عجز عنه بطريق الوصية فوجب أن نتوقف صحته على رضا لبقين دفعه بالوحشة والعداوة بخلاف الاجنبى لانه غير متمم فيه لانه يملك اصيل النفع اليه بطريق الوصية وكل تصرف يترك المرفق في تحصيل المقصود به انشاء لا يتمكن التهمة في اقراره كذا في الكفاية ومعراج الدررية (ولأن حالة المرض حالة الاستغناء) عن المال لظهور أمارات الموت الموجب لانتهاء المال وكل ما هو كذلك فالأقرار لبعض الورثة فيه يورث تهمته تخصيصه (والقربة) تمنع عن ذلك لانها (سبب التعلق) أي سبب تعلق حق الاقرار بالمال وتعلق حقهم به يمنع تخصيص بعضهم شيئاً منه بلائحة ص وعلى هذا التبرير الذي هو مختار صاحب العناية يكون قول المصنف ولأن حالة المرض حالة الاستغناء الخ دليلاً مستقلاً على أصل المسئلة وهو الظاهر من أساليب تحريره وقال بعض الفضلاء قوله ولأن حالة المرض حالة الاستغناء عطف على قوله ولهذا يمنع الخ فإنه كان دليلاً لا ينافي دليل لم انتهى (أقول) يذهب على ذي فطرة سليمة أن تدميم قوله في تخصيص البعض به ابطال حق الباقيين ينافي عن التجرد لأن قوله لانه يتعلق حق الورثة بحاله في مرضه يدميم دليل اصيل المسئلة وقوله في تخصيص البعض به ابطال حق الباقيين مقدمه أخرى له مربوطه بالاولى ولو كان قوله ولأن حالة المرض حالة الاستغناء معطوفاً على قوله ولهذا يمنع من التبرع لكان دليلاً على المقدمه الاولى كما عطف عليه فيلزم توسيع المقدمه التي نية دليل المقدمه الاولى ولا يخفى ما فيه نعم يصلح قوله ولأن حالة المرض حالة الاستغناء انما يوجب التبعين لأن يكون دليلاً على قوله ولأنه يملئ حق الورثة بحاله في مرضه أي قوله في تخصيص البعض به ابطال حق الباقيين وعن هذا قال في الكافي ولأنه أقر بعض ورثته بشئ من ماله بعد تعاقب حق الكل به فغير كالأوصى له بشئ من ماله وهذا لأن حالة المرض حالة الاستغناء عن ماله أظهر وأقرب لموت فيه والظاهر ان الانسان لا يحتاج الى ماله لانه لا يتم له ماله عند قبالة على الآخرة فيظهر عند استغناؤه حق أقرائه ولهذا يمنع من التبرع على وارثه أصلاً فلم يصح اقراره للوارث لانه يوجب ابطال حق الباقيين انتهى وقال في التبيين ولأن فيه اشارة لبعض الورثة به بعد امل حق جميعهم به فليجوز ما فيه من ابطال حق البقية كالوصية وانما يتعلق حقهم به لاستغناء الورثة بعد موت تلاته يمكن أن لا يملكه بهم بالأقرار لورثته كما لا يمكن منه بالوصية لهم انتهى تبين (الآن هذا التعلق) ان يتعلق حق الورثة بحاله في مرضه في حالة المرض (لم يظهر في



قال ( ومن أقر لأجنبي الخ ) المقر له أما أن لا يكون وارثا للزوجة أو يكون وارثا للوارث أما مستمرا أو غير مستمر وغير المستمرا أما أن يكون وارثا لحالة الأقرار غير وارث حالة الموت لحب أو لغيره وأما أن يكون وارثا لحالة الموت غير وارث حالة الأقرار لحب أو لغيره وما لغيره فاما أن يكون سبب لارث ( ١٣ ) يستند الى وقت العلق أولا وأما أن يكون أغنى غير المستمرا وارثا في أحد الدين غير

وارث بينهما فذلك ثمانية أوجه ففيم يمكن أصلا صح اقراره بالاجماع وفيما كان وارثا مستمرا لا يصح بالاجماع وفيما كان وارثا حالة الأقرار دون المسنون فان كان الانتفاء لحب كما اذا أقر لأخيه وهو وارث ثم ولده ولد أو أسلم الولد الكافر أو أعتق الرقيق صح الأقرار باتفاق بين أصحابنا لان الوارثة بالموت فاذا لم يكن عنده وارثا كان كالأجنبي وان كان لغيره أي لغيره لحب كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها وقد أقر لها بدين فلها الأقل من الدين والميراث

قال ( ومن أقر لأجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبته منه وبطل اقراره فان أقر لأجنبيته ثم تزوجها لم يبطل اقراره لها ) ووجه الفرق ان دعوى النسب تستند الى وقت العلق فتبين أنه أقر لابنه فلا يصح ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان الزوج فبق اقراره لأجنبيته قال ( ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه )

منها أحد ما بقي جزآن استنع بعد ذلك اخراج الثلث من ذينك الجزأين الباقيين لعدم إمكان التجزؤ في شئ منهما وأما على القول بإمكان القسمة الى غير النهاية كما هو مذهب الحكماء فذلك لان الثلث في كل مرتبة لا يحتمل أن يكون عين الكل للقطع بغيره الجزء للكل لا يقال مرادهم الاثنيان على قريب من الكل لا على الكل حقيقة لاننا نقول فحينئذ لا يتم التقريب لان المدعى جواز الأقرار لأجنبي وان أحاط بكل ماله حقيقة تدبر ونقض الوجه المذكور بالوصية بجميع ماله اذا لم يكن عليه دين فانها لا تجوز عند تحقق الورثة مع جريان الطريق المزبور فيها لان المريض له حق التصرف في ثلث ماله بدون اجازة الورثة فإباح تصرفه في ثلث ماله كان له التصرف في ثلث الباقي لما أن جميع ماله بعد الثلث الخارج جعل كأنه هو من الابتداء فيجب أن تنفذ وصيته في ثلثه أيضا ثم وثم الى أن يأتي على الكل وأجيب بأن الثلث بعد الدين محل تصرف المريض فلما أقر بدين انتقل محل التصرف الى ثلث ما به بعده وليس الثلث بعد الوصية بشئ محل تصرف المريض وصية وانما محل الوصية ثلث المجموع لا غير فافترقا ( قال ) أي ان قدوري في مختصره ( ومن أقر لأجنبي ) في مرضه بماله ( ثم قال هو ابني ثبت نسبته منه ) أي ثبت نسب المقر له من المقر ( وبطل اقراره ) بالمال ( فان أقر لأجنبيته ثم تزوجها لم يبطل اقرارها ) بخلاف الهبة والوصية حيث بطلت لهما أيضا وقال زفر بطل اقرارها أيضا لانها وارثة له عند الموت فصلت التهمة وهي المعتبر في الباب ولنا ما ذكره المصنف بقوله ( ووجه الفرق ) أي بين المسئلتين ( ان دعوى النسب تستند الى وقت العلق فتبين أنه أقر لابنه فلا يصح ) يعني ان النسب اذا ثبت ثبت مستندا الى وقت العلق فتبين بذلك أن اقرار المريض وقع لوارثه وذلك باطل ( ولا كذلك الزوجية لانها تقتصر على زمان الزوج ) يعني أن الزوجية اذا ثبت ثبتت مقتصرة على زمان العقد ( فبق اقراره لأجنبيته ) فيصح بخلاف الهبة والوصية لان الوصية تعليل بعد الموت وهي وارثة حينئذ والهبة في المرض في حكم الوصية على ما يأتي بيانه وفي وصايا الجامع الصغير ولو أن المريض أقر بدين لابنه وهو بصراي أو عبد ثم أسلم الابن أو أعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار باطل لانه حين أقر كان سبب التهمة بينهما ما فاقما وهو القرابة التي صار بينهما وارثا في فاقما الحال وليس هذا كالذي أقر لامرأة ثم تزوجها لان سبب التهمة لم يكن هناك فاقما وقت الأقرار انتهى ( قال ) أي القدوري في مختصره ( ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا ثم أقر لها بدين فلها الأقل من الدين ومن ميراثها منه ) أي من الزوج قال الامام الزيلعي في شرح الكنز في هذا اذا طلقها بسؤالها وانطلقها بلا سؤالها فلها الميراث بالغاي مبلغ ولا يصح اقراره لهما لانها وارثة ذهوفار وقد بيناه في طلاق المريض انتهى وقال نجم الدين الزاهد في شرح مختصر القدوري في بعض النسخ والشرح ومن طلق زوجته في مرضه ثلاثا بسؤالها ثم أقر لها بدين والموضع من محيمان والحكم فيها واحد على ما قرر في الجامع والمحيط غير أنه لولا الأقرار في الموضع ولورثته اذ مات في العدة وفي الموضع الثاني لارثته ومع هذا اذا أقر لها بدين فلها

( قوله وما لغيره ) أقول أي لغيره لحب ( قوله وأما أن يكون ) أقول معطوف على قوله وأما أن يكون وارثا لحالة الموت وهذا القول معطوف على قوله أما أن يكون وارثا حالة الأقرار ( قوله كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بأمرها ) أقول لا بد من التأمل في أن الصورة المذكورة في الكتاب بقوله ومن طلق زوجته في مرضه

لوجود تهمة الايثار بقيام العدة فلعله استقل ميراثها و باب الاقرار للوارث مسدود فاقدم على الطلاق ليصح الاقرار بزيادة على ميراثها ولا تهمة في الاقل فيثبت وفيما اذا كان وارثا حالة الموت دون الاقرار فان كان لجنب كما اذا اقر لاختيه وله ابن ثم مات الابن بطل اقراره خلافا لغير اعتبار حالة الاقرار لانه موجب بنفسه وقد حصل لغير وارث فيصح ( ١٣ ) كما اذا اقر لاجنبيه ثم تزوجها قلنا

الاقرار للوارث لا يصح وقد تبين عوت الحاجب وراثته فيبطل اقراره بخلاف الاجنبية فانهم لم تكن وراثته قبل التزوج وان كان لغيره وقد استند السبب كما اذا اقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فيبطل اقراره وان لم يستند كما اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها لم يبطل والعرق ان المستند تبين كون الاقرار للوارث بخلاف غيره وفيما كان وارثا في الحالين دون الوسيط كما اذا اقر لزوجه ثم ابانها ثم تزوجها بعد مضي العدة ومات بطل الاقرار عند أبي يوسف و جاز عند محمد وهو القياس لانها تارث بسبب حادث بعد الاقرار فلا يؤثر فيما قبله فيما لم يكن ليس يستند كما اذا اقر لشخص في مرضه ثم صرح ثم مرض فمات ووجه قول أبي يوسف وهو الاستحسان ان الاقرار للوارث باطل لتهمة الايثار فاذا اوجب سبب الورثة عند الاقرار وحدث التهمة والعقد المتجدد قائم مقام الاول في تقرير صفة

لانهم ماتت حيا فيه لقيام العدة و باب الاقرار مسدود للوارث ولعن أقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها بزيادة على ميراثها ولا تهمة في أقل الامر ينفي

**فصل** ( ومن أقر بغلام بولده مثله لمثله وليس له نسب معروف أنه ابنه وصدقه الغلام ثبت نسبه منه الاقل من الدين ومن الميراث انتهى كلامه ) أقول قد اختلف رأياهما في استخراج هذا المقام والذي يطابق ما مر في كتاب الطلاق من هذا الكتاب ما ذكره الزيلعي فانه قال هناك وان طلقها ثم نفي مرضه بامرها ثم اقر لها بدين أو وصى لها بوصية قلها الاقل من ذلك ومن الميراث فكانت المسئلة مقيدة هناك بما قيده الزيلعي ههنا ولا يرى للتقييد فائدة سوى الاحتراز عما اذا اطلقها بغير امرها ثم اتى بتبعت عامة المعبرات حتى الجامع والمحيط ولم أظفر في شيء منها بكون الحكم واحدا في الموضوعين المذكورين بل ابنا وجدت المسئلة المزبورة مذكورة مع الحكم المسفور و جدها مقيدة بكون الطلاق بسؤال المرأة أو بامرها فالظاهر ما ذكره الزيلعي وأما عدم تعرض المصنف وصاحب الكافي وكثير من الشراح ههنا للتقييد المذكور فيجوز أن يكون بناء على ظهوره مما صرح به في كتاب الطلاق ثم ان صاحب العناية من الشراح وان قيد المسئلة ههنا أيضا بالقيد المذكور الا أنه فسر ما حيث جعلها مثالا لما اذا كان المقر له وارثا حالة الاقرار دون الموت فغيره اعني وضعها المذكور في الكتاب فقال كما اذا طلق زوجته في مرضه ثلاثا بامرها وقد اقر لها بدين قلها الاقل من الدين والميراث والمذكور في الكتاب ثم اقر لها وبينهما من لا يخفى قال المصنف في تعليل مسئلة الكتاب ( لانهما ) أي الزوجين ( متهمان فيه ) أي في هذا الاقرار ( لقيام العدة ) أشار به الى أن وضع المسئلة فيما اذا كان موت المقر قبل انقضاء العدة وأما اذا كان موته بعد انقضاءها فاقراؤها لها جائز ( و باب الاقرار مسدود للوارث فلعله ) أي فلعن الزوج ( أقدم على هذا الطلاق ليصح اقراره لها بزيادة على ميراثها ) فوقعت التهمة في اقراره ( ولا تهمة في أقل الامر ينفي ) أي أقل الامر ينفي قال علاء الدين الاسيحي في شرح الكافي ولو اقر لاهر أنه بدين من مهرها صدق فيما بينه وبين مهر مثلها ويخاص غرما له الصحة به لانه اقر بما عاك انشاء فانعدمت التهمة ولو اقرت المرأة في مرضها بقبض المهر من زوجها لم تصدق لانها اقرت بدين للزوج لان القبض يوجب مثل المقبوض في الذمة ثم يلتقيان قصاصا والاقرار بالدين للوارث لا يصح انتهى وفي الفتاوى الصغرى المربضة اذا اقرت باستيفاء مهرها فان مات وهي منكوحه أو معتدة لا يصح اقرارها وان ماتت غير منكوحه ولا معتدة بأن طلقها قبل الدخول يصح

**فصل** في بيان الاقرار بالنسب قد اقدم الاقرار بالمال على الاقرار بالنسب لكثرة وقوع الاول وقلة وقوع الثاني ولار ب في أن ما هو كثير الدوران أهم بالبيان وانما أفرد الثاني بفصل على حدة لانفراده ببعض الشروط والاحكام كما سيظهر ( ومن أقر بغلام بولده مثله ) أي مثل ذلك الغلام ( لمثله ) أي لمثل المقر يعني ههنا في السن بحيث يجوز أن يولد المقر له للقر ( وليس له ) أي للغلام ( نسب معروف ) بل كان مجهول النسب ( انه ابنه ) أي اقر أنه ابنه ( وصدقه الغلام ) أي فيما اذا كان يعبر عن نفسه وأما اذا كان لا يعبر عن نفسه فلا يشترط تصديقه كما صرحوا به فاطبة ( ثبت نسبه منه )

الورثة عند الاقرار لان التهمة لم تكن مفردة لاحتمال زوال السكاح فلم يصح الاقرار  
**فصل** ذكر الاقرار بالنسب في فصل على حدة بعد ذكر الاقرار بالمال

( قوله ) كما اذا اقر لاجنبي في مرضه ثم ادعى نسبه ثبت نسبه فيبطل اقراره ) أقول والاقرار لابن المهر وم اذا أسلم أو عتق به الاقرار من هذا القبيل عنده على ما يحكي في كتاب الوصية  
**فصل** ومن أقر بغلام



شرائط أن يكون يولدمثل له  
لمثله كي لا يكون مكذبا في  
الظاهر وأن لا يكون الولد  
قابت النسب اذ لو كان  
لا يمنع نبوته من غيره وأن  
يصدق المقر في اقراره اذا  
كان يعبر عن نفسه لانه  
في بد نفسه بخلاف الصغير  
الذي لا يعبر عن نفسه على  
ما مر في باب دعوى النسب  
ولا يمنع الاقرار به بسبب  
المرض لان النسب من  
الحوائج الاصلية وهو يلزمه  
خاصة ليس فيه محمله على  
الغير فيثبت واذا ثبت كان  
كلوارث المعروف فيشارك  
ورثته قال (ويجوز اقرار  
الرجل بالوالدين الخ) هذا  
بيان ما يجوز الاقرار به  
وما لا يجوز اقرار الرجل  
بالوالدين والولد والزوجة  
والمولى يعني مولى العتاقة  
سواء كان أعلى أو أسفل  
جائز سواء كان اقراره بولده  
في حالة الصحة أو المرض

(قوله لقلته) اقول هذا  
وجه التأخير وأما وجه  
ذكره في فصل على حدة فلم  
يتعرض له لظهوره قال  
المصنف (ويجوز اقرار  
الرجل الخ) اقول وفيه بحث  
فان الاقرار بأمومية المرأة  
فيه تحميل النسب على  
زوجها فينبغي أن لا يقبل  
فان قيد بعدم الزوج لم يبق  
فرق بينه وبين اقرارها

بالولد فانه يصح أيضا اذا أخذ به القيد فلا يظهر وجه لا ثبات هذا في ذلك فليست

وان كان مريضا) لان النسب مما يلزمه خاصة فيصح اقراره به بشرط أن يولدمثله لانه كي لا يكون مكذبا  
في الظاهر وبشرط أن لا يكون له نسب معروف لانه يمنع نبوته من غيره وانما شرط تصديقه لانه في يد  
نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه بخلاف الصغير على ما مر من قبل ولا يمنع بالمرض  
لان النسب من الحوائج الاصلية (ويشارك الورثة في الميراث) لانه لما ثبت نسبته منه سار كلوارث  
المعروف فيشارك ورثته قال (ويجوز اقرار الرجل بالوالدين والولد والزوجة والمولى)

جواب المسئلة أي ثبت نسب الغلام من المقر (وان كان) المقر (مريضا) الى هنا لفظ القدوري  
في مختصره قال المصنف في تعليل المسئلة (لان النسب مما يلزمه خاصة) يعني أن النسب في الصورة  
المذكورة مما يلزم المقر خاصة ليس فيه حمل النسب على الغير (فيصح اقراره به) وان كان مريضا لان  
اقرار المريض انما لا يصح فيما فيه التهمة لحق الغير ولا تهمة ههنا (وبشرط أن يولدمثله كي لا  
يكون مكذبا في الظاهر) فلا يصح اقراره (وبشرط أن لا يكون له نسب معروف لانه) أي لان كون  
نسبه معروفا (يمنع نبوته من غيره) لان النسب لا يقبل النسخ بعد نبوته (وانما شرط تصديقه)  
أي تصديق الغلام (لانه في بد نفسه اذ المسئلة في غلام يعبر عن نفسه) واذا كان في بد نفسه  
يعبر عنه لا بد من تصديقه لان الحق له فلا يثبت بدون تصديقه كذا ذكر في التبيين (أقول) ينتقض هذا  
التعليل بالاقرار بغير النسب كالمال ونحوه اذ لا يشترط في لزوم ما أقر به هناك تصديق المقر له ولكن يرد  
الاقرار برده على ما تقرر في صدر كتاب الاقرار مع جريان أن يقال في ذلك أيضا ان الحق له فينبغي أن  
لا يثبت بدون تصديقه وقال في البدائع لان اقراره يتضمن ابطال يده فلا يبطل الا برضاه انتهى (أقول)  
تضمن الاقرار بالنسب ابطال يده المقر له محل المنع فتأمل وقال في التسهيل لما فيه من الزام حقوق  
النسب فلا يلزمه الا بالتزامه انتهى (أقول) هذا أظهر الوجوه وهو الحق عذري اذ لا شك انه يترتب على  
ثبوت النسب حقوق كثبوت الارث ولزوم النفقة وما أشبههما وفي بعضها ماسة على المقر له في الاقرار  
بالنسب الزام تلك الحقوق فلا بد من التزام المقر له اياها حتى لا يتضرر بخلاف الاقرار بالمال ونحوه اذ هو  
نفع محض للمقر له ففيه بد من التزامه (بخلاف الصغير) الذي لا يعبر عن نفسه لانه في بد غيره فلا  
يشترط تصديقه (على ما مر من قبل) أي في باب دعوى النسب من كتاب الدعوى (ولا يمنع  
بالمرض) أي لا يمنع الاقرار بالنسب بسبب المرض (لان النسب من الحوائج الاصلية) فصار كالنكاح  
بغير المثل (ويشارك الورثة في الميراث) هذا من تنمة كلام القدوري في مختصره أي ويشارك الغلام  
المقر له بالنبوة سائر الورثة في ميراث المقر قال المصنف في تعليله (لانه لما ثبت نسبته منه صار كلوارث  
المعروف فيشارك ورثته) أي ورثة المقر بالنسب قال أي القدوري في مختصره (ويجوز اقرار الرجل  
بالوالدين والولد) أي بالشرائط التي مر بيانها كما صرح به في الكافي ومعراج الدراية وسائر المعبرات  
(أقول) لا يذهب عليك أن المسئلة المتقدمة مندرجة في هذه المسئلة اذ لا يدل عليها صراحة قوله ههنا  
والولد فاذا كانت الشرائط المعتبرة هناك معتبرة ههنا أيضا لم يكن لك ذلك المسئلة فيما قبل على  
الاستقلال كما وقع في مختصر القدوري وعامة المتون فائدة يعتد بها كما لا يخفى ولهذا لم يقع كذلك  
في الاصل والمحيط وعامة معتبرات الفتاوى (والزوجة) أي ويجوز اقرار الرجل بالزوجة ولكن يشترط  
ههنا أن تكون المرأة خالية عن زوج آخر وعنده وأن لا تكون تحت المقر أختا ولا أربع سواء اناص  
عليه في الكافي والشروح (والمولى) أي ويجوز اقراره بالمولى يعني مولى العتاقة سواء كان أعلى أو  
أسفل هذا اذ لم يكن ولاؤه ثابتا من الغير لان الولاء معتزلة بالنسب وثبوت النسب من الغير يمنع صحة الاقرار  
بالنسب فكذلك في الولاء كذا في الذخيرة وغيرها قال صاحب النهاية أعلم أن هذا الذي ذكره من جهة

لانه أقرب بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير (و يقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى) لما ينشأ (ولا يقبل بالولد) لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه (الا أن يصدقها الزوج)

الدليل كاترى يدل على صحة اقراره بالام كعته بالاب وهو رواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين والمصنف والمذكور في المبسوط والايضاح والجلية مع الصغير للامام المحبوبي ان اقرار الرجل يصبح بأربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة قال صاحب النهاية والله تعالى أعلم بصحته وقد عرفت صحة دلالة الدليل المذكور على صحة اقراره بالام مبنية على صحة اقراره بالام من شرائط صحة اقراره بالام تصديق الام اياه وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز ولهذا لا يقبل اقرار الام بالولد باتفاق الروايات كما سيأتي فاذا لم يميز تصديقها اياه لم يميز اقراره بها الاستلزام انتفاء الشرط انتفاء المشرط وأما ما نسب لان تردد صاحب النهاية في صحة اقراره بالام انما نشأ عما صرح به في عامة الروايات بان اقرار الرجل يصبح بأربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة وذكر العديد من الزيادة والنقصان على ما عرفت في الاصول فلما لم يميز اقراره بالام على مقتضى ما ذكر في تلك الروايات جاز أن يكون دليل ذلك أقوى من الدليل المذكور في الكتاب للعواطف فان الدليل المذكور فيه هو القياس الجلي وجزأ أن يكون دليل عدم الجواز هو النص أو الاجماع أو القياس الخفي الذي هو الاستحسان وبكل واحد منها يتولد القياس الجلي وان كان دليل ذلك هو القياس الجلي أيضا فلا أقل من المساواة وعدم اطلاعا على دليل ذلك لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين فالمدار في صحة أحد الجانبين صحة النقل عنهم لا غير فتأمل واعترض بعض الفضلاء على مسألة الكتاب والدليل المذكور فيه بأن الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير اذا كانت متزوجة فينبغي أن لا يقبل فان قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين اقرارها بالولد فان اقرارها بالولد يصبح أيضا اذا أخذهم هذا القيد فلا يظهر وجه لاثبات هذا ونفي ذلك انتهى (أقول) لان سلم أن الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير وان كانت متزوجة بل فيه تحميل أبوة الزوج أيضا بناء على كونه اصل في النسب فمكاهة أقر على نفسه بالانتساب اليه أيضا وعن هذا قالوا في الاقرار بالاب سراحة ان المقر بالاب ألزم نفسه بالانتساب اليه ولم يقبل أحدان فيه تحميل نسب نفسه على الغير بخلاف اقرار المرأة بالولد فان فيه تحميل نسب الغير على الغير وهو نسب الولد على الزوج والاقرار الذي فيه حمل نسب الغير على اقراره على غيره لا على نفسه فمكاهة دعوى أو شهادة والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة المفرد فيما يطمع عليه الرجال وهو من باب حثوف العباد غير مقبولة كذا في البدائع وغيره (و يقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما ينشأ) أنه أقرب بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير والاثوثة لا تمنع صحة اقرارها على نفسها ويستوى في صحة الاقرار بالاشياء ان صدق كوردة حاله الصحة وحالة المرض لان حالة المرض انما تخالف حالة الصحة باعتبار تعاقب حق الغرماء والورثة بالتركة فمما لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كان الاقرار به في الصحة والمرض سواء والنسب والنسكاح والولادة لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كذا في المبسوط (ولا يقبل) أي لا يقبل اقرار المرأة (بالولد) وان صدقها (ان فيه) أي في اقرارها بالولد (تحميل النسب) أي تحميل نسب الولد (على الغير وهو الزوج لان النسب منه) أي من الزوج قال الله تعالى ادعوهم لا بأنهم (الا أن يصدقها الزوج)

لانه أقرب بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير (و يقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى) لما ينشأ (ولا يقبل بالولد) لان فيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج لان النسب منه (الا أن يصدقها الزوج) اقرار المقر بالام حيث قال بالوالدين موافق لرواية تحفة الفقهاء ورواية شرح الفرائض للامام سراج الدين والمصنف ومخالف لعامة النسخ من المبسوط والايضاح والجامع الصغير للامام المحبوبي وغيرهما والله تعالى أعلم بصحته انتهى كلامه قال المصنف في تعليل مسألة الكتاب (لانه أقرب بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير) فتحقق المقتضى وانتفى المانع فوجب القول بجوازه قال صاحب العناية وهذا الدليل كاترى يدل على صحة اقراره بالام كعته بالاب ثم قال قال صاحب النهاية والله تعالى أعلم بصحته وقد عرفت صحة دلالة الدليل المذكور على صحة اقراره بالام من شرائط صحة اقراره بالام تصديق الام اياه وفيه تحميل النسب على الغير وهو الزوج وذلك لا يجوز ولهذا لا يقبل اقرار الام بالولد باتفاق الروايات كما سيأتي فاذا لم يميز تصديقها اياه لم يميز اقراره بها الاستلزام انتفاء الشرط انتفاء المشرط وأما ما نسب لان تردد صاحب النهاية في صحة اقراره بالام انما نشأ عما صرح به في عامة الروايات بان اقرار الرجل يصبح بأربعة نفر بالاب والابن والمرأة ومولى العتاقة وذكر العديد من الزيادة والنقصان على ما عرفت في الاصول فلما لم يميز اقراره بالام على مقتضى ما ذكر في تلك الروايات جاز أن يكون دليل ذلك أقوى من الدليل المذكور في الكتاب للعواطف فان الدليل المذكور فيه هو القياس الجلي وجزأ أن يكون دليل عدم الجواز هو النص أو الاجماع أو القياس الخفي الذي هو الاستحسان وبكل واحد منها يتولد القياس الجلي وان كان دليل ذلك هو القياس الجلي أيضا فلا أقل من المساواة وعدم اطلاعا على دليل ذلك لا يقتضي عدم ثبوته عند المجتهدين فالمدار في صحة أحد الجانبين صحة النقل عنهم لا غير فتأمل واعترض بعض الفضلاء على مسألة الكتاب والدليل المذكور فيه بأن الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير اذا كانت متزوجة فينبغي أن لا يقبل فان قيد بعدم الزوج لم يبق فرق بينه وبين اقرارها بالولد فان اقرارها بالولد يصبح أيضا اذا أخذهم هذا القيد فلا يظهر وجه لاثبات هذا ونفي ذلك انتهى (أقول) لان سلم أن الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير وان كانت متزوجة بل فيه تحميل أبوة الزوج أيضا بناء على كونه اصل في النسب فمكاهة أقر على نفسه بالانتساب اليه أيضا وعن هذا قالوا في الاقرار بالاب سراحة ان المقر بالاب ألزم نفسه بالانتساب اليه ولم يقبل أحدان فيه تحميل نسب نفسه على الغير بخلاف اقرار المرأة بالولد فان فيه تحميل نسب الغير على الغير وهو نسب الولد على الزوج والاقرار الذي فيه حمل نسب الغير على اقراره على غيره لا على نفسه فمكاهة دعوى أو شهادة والدعوى المفردة ليست بحجة وشهادة المفرد فيما يطمع عليه الرجال وهو من باب حثوف العباد غير مقبولة كذا في البدائع وغيره (و يقبل اقرار المرأة بالوالدين والزوج والمولى لما ينشأ) أنه أقرب بما يلزمه وليس فيه تحميل النسب على الغير والاثوثة لا تمنع صحة اقرارها على نفسها ويستوى في صحة الاقرار بالاشياء ان صدق كوردة حاله الصحة وحالة المرض لان حالة المرض انما تخالف حالة الصحة باعتبار تعاقب حق الغرماء والورثة بالتركة فمما لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كان الاقرار به في الصحة والمرض سواء والنسب والنسكاح والولادة لا يتعلق به حق الغرماء والورثة كذا في المبسوط (ولا يقبل) أي لا يقبل اقرار المرأة (بالولد) وان صدقها (ان فيه) أي في اقرارها بالولد (تحميل النسب) أي تحميل نسب الولد (على الغير وهو الزوج لان النسب منه) أي من الزوج قال الله تعالى ادعوهم لا بأنهم (الا أن يصدقها الزوج)

(قوله وليس فيه تحميل النسب على الغير) أقول فيه تأمل فان الاقرار بأمومية المرأة فيه تحميل النسب على الغير اذا كانت متزوجة وان قيد بعدم الزوج ناقص اقرارها بالولد

بهذا القيد صحيح خاوجه قوله ولا يقبل بالولد كما فصلناه في القول السابق

لان الحق له (أو تشهد بولادته قابلية) لان قول القابلية في هذا مقبول وقد مر في الطلاق وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى ولا بد من تصديق هؤلاء

استثناء من قوله ولا يقبل بالولدي عي اذا صدقها الزوج بقبل اقرارها بالولد (لان الحق له) أي للزوج فيثبت بتصديقه (أو تشهد بولادته قابلية) أي أو الأأن تشهد قابلية بولادته أي بتول ذلك الولد من تلك المرأة وفي بعض النسخ بولادتها أي بولادتها اياه في هذه النسخة أضيف المصدر الى الفاعل ترك المفعول وفي الاولى عكس الامر (لان قول القابلية في هذا) أي في هذا الخصوص (مقبول) اذا افترض أن القرائن قائم ويحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة (وقد مر في الطلاق) أي في باب ثبوت النسب عند قوله فان شهد الولادة ثبتت بشهادة امرأة واحدة تشهد بالولادة حتى لو نفاه الزوج بلاعن لان السبب يثبت بالفرائض القائم (وقد ذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى) من هذا الكتاب وذلك التفصيل هو أن اقرارها بالولد انما لا يصح بدون شهادة قابلية بالولادة اذا كانت المرأة ذات زوج وان كانت معتدة فلا بد من حجة تامة عند أي حيفة رحمه الله وأما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة فالوايثبت النسب منها بقوله الان فيه الزام على نفسها دون غيرها والاصل في جنس هذه المسائل أن من أقر بنسب يلزمه في نفسه ولا يحمله على غيره فاقراؤه مقبول كما يقبل اقراره على نفسه بسائر الحقوق ومن أقر بنسب يحمله على غيره فانه لا يقبل اقراره كما لا يقبل اقراره على غيره بسائر الحقوق كذا في شرح الاقطع فان قلت لا يمسني ثبتت نسب الولد من الاب دون الام مع أن الولد ولد منها وما فائدة ثبوت نسبه من الاب دون الام وما فائدة ثبوت النسب من الرجل في الاربعة والخمسة المذكورة دون من سواهم مع أن الرجل اذا أقر بالاخ بعد موت أبيه يشاركه في تركه أبيه على ما سألني في الكتاب وكذلك يجب عليه نفقة الاخ المقر له حال حياته كما ذكر في المحيط والذخيرة قلت أما الاول فلا أن الولد منسوب الى الاب دون الام لقوله تعالى ادعوهم لابائهم وقوله تعالى وعلى المولود له رزقهن حيث أضاف الولد الى الاب بسلام المثل ولذا اختص الاب بالنسب وأما فائدة اختصاص ثبوت النسب من الاب فهي حجة اقرار الاب بالولد وجوب نفقة الولد على الاب على وجه الاحتصاص حتى لا يشاركه فيها أحد كما لا يشاركه أحد في نسبه وأما فائدة ثبوت النسب في حق هذه الاربعة أو الخمسة فهي ثبوت على طريق العموم لا على طريق الخصوص أي ان حقوق المقر له كما تلزم على المقر كذلك تلزم على غير المقر تقرير الصحة اقراره حتى انه اذا أقر بالابن مثلاً فالابن المقر له يرث من المقر مع سائر ورثته وان شهد سائر الورثة ذلك ويرث من أبي المقر وهو جد المقر له وان كان الجد يجهد بنوته لابنه وأما فيما سوى الاربعة أو الخمسة فلما لم يصح اقرار المقر به بظهوره في موضعين أحدهما عدم اعتبار اقراره فيما يلزم غيره من الحقوق حتى ان من أقر بأخ وله ورثة سواء يجهدون اخرته فبات المقر لا يرث الاخ مع سائر ورثته ولا يرث من أبي المقر وأمه بخلاف من صح اقراره في حقه كما ذكرناه والثاني حجة رجوع المقر عما أقر في حق من سوى الاربعة أو الخمسة وعدم صحته في حق هؤلاء فان من أقر في مرضه بأخ وصدقه المقر له ثم رجع عما أقر يصح حتى انه لو أوصى بماله كله لانسأ بعد الاقرار بأخ كان ماله كله للوصي له لان النسب لم يثبت كال اقراره بالاخ وقع باطلا فيصح رجوعه عما أقر وأما أخذ الاخ المقر له تركه المقر عند عدم المزاحم فليس باعتبار صحة الاقرار بالنسب بل باعتبار أن ذلك صار بمنزلة الموصى بجميع المال وباعتبار أن اقراره صحته في حق نفسه لا في حق غيره ولذلك قلنا باستحقاق المقر له النفقة على المقر في حال حياته الى هذا كله أشار في الذخيرة وفي الجامع الصغير للإمام المحبوبي قال المصنف (ولا بد من تصديق هؤلاء) أي لا بد من تصديق المقر لهم المذكورين لانهم في أيدي أنفسهم فيتوقف نفاذ الاقرار على تصديقهم كذا في الكافي وغيره الا اذا كان المقر صغيرا في يد المقر وهو لا يبر عن نفسه

لان الحق له أو تشهد القابلية بالولادة اذا لم يرض ان القرائن قائم فيحتاج الى تعيين الولد وشهادتها في ذلك مقبولة وقد مر في الطلاق قوله وذكرنا في اقرار المرأة تفصيلا في كتاب الدعوى يريد به ان اقرارها بالولد انما لا يصح اذا كانت ذات زوج وأما اذا لم تكن منكوحة ولا معتدة فالوايثبت النسب منها بقوله لان فيه الزام على نفسها دون غيرها (ولا بد من تصديق هؤلاء) والمرأة شرط صحة تصديقها خلوها عن زوج آخر وعدته وأن لا تكون أحتما تحت المقر ولا أربع سواها

وكذا تصديق الزوج بعد موتها لان الارث من أحكام النكاح وهو مما يبق بعد النكاح كالعدة وهذا عندهما وقال أبو حنيفة

[illegible]

(قوله معناه أن التصديق الخ)  
أقول فيه بحث (قوله ولقائل  
أيعارض) أقول هذه  
المعارضة مدفوعة عن المصنف

۱- سگله بیخ را در آب آغشته کن تا که کایان در آن در آید مثل حرمه النورج بزنج  
خروجی غس و مانند نبات و حار است و آب آن را در آب که آب سرد بود و ما در هر روز آن را شست و آنرا را شست





[illegible]

وأما في الارث فاما أن يكون له وارث معروف قريبا كان كذوى المعروف والعصبات مطلقا أو بعيدا كذوى الارحام أو لا يكون فان كان فهو أولى باليراث من المقر له هذا لانهم لم يثبت نسبه لهم تراحم الوارث المعروف وان لم يكن استحق المقر له ميراثه لانه أقرب شيئين بالنسب وباستحقاق ماله بعده والاول اقرار على غيره وهو غير مسموع والثاني على نفسه وهو مسموع لان له التصرف في مال نفسه عند عدم الغريم والوارث - حتى لو أوصى بجميعه استحققه الموصى له وبسبب كلامه لا يحتاج الى بيان (قوله ومن مات أبوه فأقر بأخ لم يثبت نسبه) مبنى على ما ذكرناه ان الاقرار على نفسه صحيح (فيشاركه في الارث) وعلى الغير غير صحيح فلم يثبت نسبه وهو المشهور عن أبي حنيفة، ان كان الميراث بعد ابنين لم يثبت النسب أيضا والمقر له يشارك المقر في الارث بناء على ما مر من الاصل

لان اقراره تضمن شيئين جل النسب على الغير ولا ولاية له عليه والاشراك في المال وله فيه ولاية فيثبت  
كالمشتري اذا اقر على البائع بالعق لم يقبل اقراره حتى لا يرجع عليه بالثمن ولكنه يقبل في حق  
العق قال (ومن مات وترك ابنين وله على آخر مائة درهم فأقر أحدهما أن أباه قبض منها خمسين  
لاشيء للآخر وللاخر خمسون)

وحكى ذلك عن ابن سيرين قال المصنف في تعليل المشاركة (لان اقراره تضمن شيئين) أحدهما  
(جل النسب على الغير ولا ولاية له) أي للقر (عليه) أي على الغير فلا يثبت (و) الثاني (الاشراك  
في المال وله فيه ولاية) لانه اقرار على نفسه وله ولاية على نفسه (فيثبت) ومثل هذا ليس بممتنع  
(كالمشتري اذا اقر على البائع بالعق) أي بعق ما اشتراه من ذلك السائع (لم يقبل اقراره) في حق  
الرجوع بالثمن على البائع (حتى لا يرجع عليه بالثمن) لكونه اقرارا على الغير في حق الرجوع بالثمن  
(ولكنه يقبل) اقراره (في حق العق) حتى يعتق عليه ما اشتراه لكونه اقرارا على نفسه في حق  
ذلك واعلم انه اذا قبل اقراره في حق نفسه يستحق المقر له نصف نصيب المقر عندنا وعند مالك  
وابن أبي ليلى يجعل اقراره شائعا في التركة فيعطى المقر من نصيبه ما يخصه من ذلك حتى لو كان للمخص  
مات أبواؤه مع معروف فأقر بأخ آخر فكذب أخوه المعروف فيه أعطى المقر نصف ما في يده عندنا  
وعندهما ثلث ما في يده لان المقر قد أقر له بثلث شائع في النصفين فينفذ اقراره في حصته وبطل ما كان  
في حصة أخيه فيكون له ثلث ما في يده وهو سدس جميع المال والسدس الآخر نصيب أخيه  
فبطل اقراره فيه ونحى نقول ان في رسم المقر أنه لو به في الاستحقاق والمنكر نظاما باكاره يجعل  
ما في يده كالهالك فيكون الباقي بينهما بالسوية ولو أقر بأخت تأخذ ثلث ما في يده عندنا وعندهما  
تأخذ خمسة ولو أقر ابن وبنت بأخ وكذبهما بساخر معروف يقسم نصيب المقر بينهما عندنا بخماسا  
وعندهما أرباعا والآخر يبيع ظاهر ولو أقر بامرأة أنها زوجه أبية أخذت ثمن ما في يده ولو أقر بمجدة  
بصحبة أخذت سدس ما في يده بمعامل فما في يده كما عامل لو ثبت ما أقر به ولو أقر أحد الابنين المعروفين  
بامرأة أنها زوجه أبية ما وكذب الآخر أخذت ثمن ما في يده عندنا وعند مالك وابن أبي ليلى لهما ثمن  
ما في يده لان في زعم المقر أن للزوجة ثمن ما في يده لا بد أن اقراره صحيح بما يدعيه ولا يصح في حق  
صاحبه واذا صح في حق نفسه يعطيه ثمن ما في يده ونحى نقول ان في رسم المقر أن التركة بينهم على ستة  
عشر سهم مالزوجة سهمان ولكل ابن سبعة أسهم فلما أخذ أخوه أكثر من حقه في زعمه ما صار ذلك  
كالهالك فيقسم النصف الذي في يده بينه وبينه على قدر حقهما ويجعل ما يحصل للآخر وهو سبعة  
على تسعة أسهم فتضرب بقدر حقهما وهو سهمان ويضرب المقر بقدر حقه وهو سبعة أسهم  
كذا في التبيين والبدائع واليضاح ثم اعلم أنه لا يثبت النسب في حق الميراث باقرار واحد  
وانما يثبت باقرار رجلين أو رجل وامرأتين من الورثة وقال أبو يوسف والحسن والشافعي كل من يحوز  
الميراث يثبت النسب بعهده وان كان واحدا أو الأول أصح اعتبارا للاقرار بالشهادة كذا ذكره الزاهد  
في شرح مختصر القدرى ونقل عن شرح القطع وتوضيحه ما ذكره صاحب البدائع من أن الاقرار بنحو  
الاخوة اقرار على غيره لما به من حجة نسب غيره عن غيره فكان شهادة وشهادة الغير غير مقبولة بخلاف  
ما اذا كان اثنين فصاعدا لان شهادة رجلين أو رجل وامرأتين في النسب مقبولة (قال) أي محمد  
رحمه الله في الجاسع له غير (رسالة) قوله بن يركل) أي لبيت (رسالة) قوله بن يركل  
أحدهما أي أحد الابنين (أبأ) قبض منه أي من المائة (بن) درهم (لاشيء) لا شيء  
من المائة لابن المقر (وللاخر) أي وللابن الآخر (خمسون) منها يعني كالابن إلا آخر

(لان اقراره تضمن شيئين)  
جل النسب على الغير  
والاشراك في ماله ولا ولاية  
في الاول فلم يثبت وله ذلك  
في الثاني فيثبت قال أبو  
حنيفة اذا أقر أحد الابنين  
بأخ ثالث وكذب أخوه  
المعروف فيه أعطاه المقر  
نصف ما في يده وقال ابن أبي  
ليلى يعطيه ثلث ما في يده  
لان المقر أقر له بثلث شائع  
في النصفين فننفذ في حصته  
وبطل في حصة الآخر  
ولابن حنيفة ان زعم المقر  
أنه يساويه في الاستحقاق  
والمنكر نظام فيجعل ما في يد  
المنكر كالهالك ويكون  
الباقي بينهما بالسوية قال  
(ومن مات وترك ابنين الخ)  
ومن مات وترك ابنين وله  
على آخر مائة درهم فأقر  
أحدهما أن أباه قبض منها  
خمسين لاشيء للآخر وللآخر  
خمسون بناء على ما ذكرنا من  
الاقرار على نفسه وعلى غيره  
وهو الاخ والميت فيصح  
على نفسه ولا يصح عليهما  
ثم يخالف الاخ بالله ما يعلم  
ان أباه قبض منه المائة  
ويقبض الخمسين من الغريم

لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون على ما امر ان الدين تقضى بأمثالها واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاة عليه من حصة خاصة فان كذب أخوه استغرق الدين نصيبه (٣١)

كأهو المذهب عندنا خلافا  
لابن أبي ليلى كما ذكرنا آنفا  
وعورض بأن صرف اقراره  
الى نصيبه خاصة يستلزم  
قسمة الدين قبل القبض  
وهي لا تجوز والجواب ان  
قسمه الدين انما تكون بعد  
وجود الدين واذا أقر المقر  
بقبض خسين قبل الورثة  
لم ينتقل على زعمه من الدين  
الا الخمسون فلم تتحقق  
القسمة فان قيل زعم  
المقر يعارضه زعم المسكر  
فان في زعمه ان المقبوض  
على التركة كما في زعم المقر  
والمنكر يدعي زيادة على  
المقبوض تصادقا على  
كون المقبوض مشتركا  
بينهما فالمرجع لزعم المقر  
على زعم المنكر حتى  
النصف المرسى به الى نصيب  
المقر خاصة ولم يكن المقبوض  
مشتركا بينهما أجاب بقوله  
غاية الامر انهما تصادقا  
على كون المقبوض مشتركا  
بينهما لكن المقر لو رجع  
يعنى ان المرجح هو ان اعتبر  
زعم المنكر يؤدى الى عدم  
الفائدة بلزوم الدور وذلك  
لانه لو رجع المقر على  
القابض بشئ لرجع القابض  
على الغريم لزعمه ان أباهم  
يقبض شيئا وله تمام الخمسين  
بسبب سابق قبل القبض  
مقدم على الميراث فيؤدى

لان هذا اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون فاذا كذب أخوه استغرق الدين نصيبه كما هو المذهب عندنا غاية الامر ان تصادقا على كون المقبوض مشترك كائنه مال لكن المقر لو رجع على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم ورجع الغريم على المقر فيؤدى الى الدور

أن يأخذ الخمسين من الغريم بعد أن يحلف بالله ما يعلم أن أباه قبض منه المائة (لان هذا) أى لان اقرار أحد الابنين بما ذكر (اقرار بالدين على الميت لان الاستيفاء) أى استيفاء الدين (انما يكون بقبض مضمون) لما امر أن الدين تقضى بأمثالها فيجب للدين على صاحب الدين مثل مال صاحب الدين عليه فيلتحقان قصاصا واقرار الوارث بالدين على الميت يوجب القضاة عليه من حصة خاصة (فاذا كذب) أى كذب المقر (أخوه استغرق الدين نصيبه) أى نصيب المقر (كأهو المذهب عندنا) احتراز عن قول ابن أبي ليلى فان هلاك الدين على الغير بسبب الاقرار يختص عندنا بنصيب المقر وعند ابن أبي ليلى يشيع في النصيبين كذا فى أكثر الشروح وقال فى الكفاية خلافا للشافعى فعنده يشيع فى النصيبين وقال فى معراج الداراية وما هو المذهب عندنا قال الشافعى فى قول وقال الشافعى فى قول وأحمد يلزمه نصف الدين وهو قياس مذهب مال وبه قال النخعي والحسن واسحق وأبو عبيدة وأبو ثور انتهى قال صاحب العناية وعورض بأن صرف اقراره الى نصيبه خاصة يستلزم قسمة الدين قبل القبض وهي لا تجوز والجواب أن قسمة الدين انما تكون بعد وجود الدين واذا أقر المقر بقبض خسين قبل الورثة لم ينتقل على زعمه من الدين الا الخمسون فلم تتحقق القسمة انتهى (أقول) الجواب المزبور ليس بشاف لان حاصله عدم لزوم قسمة الدين قبل القبض على زعم المقر وزعم المقر انما يؤثر فى حق نفسه لا فى حق الغير فيكنى فى المحذور لزوم ذلك على زعم الآخر فان قسمة الدين قبل القبض لا تجوز بالنظر الى كل أحد فالأظهر عندى فى الجواب أن بهما قسمة الدين قبل القبض انما لا تجوز زعم القسمة الحقيقية وأما فى القسمة الحكمية كما نحن فيه فعدم جوازها موع وبؤيده ما صرحوا به فى فصل الدين المشترك من كتاب الصلح بأن القسمة قبل القبض انما لا تجوز قصد الانضمام تأمل قال المصنف (غاية الامر انهما) أى الابنين (تصادقا على كون المقبوض مشترك كائنه) أى على كون الخمسين الباقي على الغريم الذى يقضه الابن المنكر مشترك كابين الابن المقر والابن المنكر هذ جواب سؤال مقدرتي بره أن جميع الدين كان مشترك كابينهما فكذلك كل جزء من أجزائه يكون مشترك كابينهما فذلك مشترك كوما ببق ببقى مشترك كابينهما فالابن المنكر لما جحد الهلاك لم ينكر الاشتراك فى شئ من أجزائه والابن المقر وان زعم أن بعض أجزائه هالك إلا أنه لم ينكر الاشتراك فيما بقى بعد الهلاك فهم متصادقان فى الاشتراك فى الباقي المقبوض فينبغى أن يكون ذلك بينهما نصفين ويرجع المقر على القابض بنصف ما قبضه فأجاب بأنهما وان تصادقا على كون المقبوض مشترك كابينهما (لكن المقر) يرجع على القابض بشئ لعدم الفائدة إذ (لو رجع على القابض بشئ لرجع القابض على الغريم) بهد ذلك لزعمه أن أباهم يقبض شيئا من الغريم وله تمام الخمسين بسبب سابق (ورجع الغريم) أيضا على المقر بقدر ذلك لا تنقض المقاصة فى ذلك القدر وبقائه دين على الميت بموجب اقراره والدين مقدم على الارث (فيؤدى الى الدور) ولا فائدة فيه وقد قرر صاحب العناية السؤال والجواب ههنا بوجه آخر حيث قال ان قيل زعم المقر يعارضه زعم المنكر فان زعمه ان المقبوض على التركة كما فى زعم

رقمنا نقض البعض فى هذا المذهب ما رفسه بجمع يتمم دور وجه التزويج على المقر لا قراره بدين على الميت مقدم على الميراث فيؤدى الى الدور

(قوله على ما أمر) أقول فى أو حجاب الاستثناء (قوله استغرق الدين نصيبه) أقول أى نصيب المقر

واقابل أن يقول إذا كان من زعم المستك أن أباه لم يقهر شيئا كان من زعمه أن أخاه في إقراره ظالم وهو فيما يقضه أخوه مظلوم فلا يرجع على القرمشي لأن المظلوم لا يقلم غبه والجواب أن المألو لا لم يبر. ولكنه في زعمه ليس في الرجوع بظالم بل بالبتمام حقه والله أعلم

من كتاب الصلح

١٣٢ من قبله وهو اسم للمصاحفة خلاف الخاصة وفي اصطلاح الفقهاء

۱۰ کتاب 'اصول'،

استمر والمنكر به عى زيادة عى المقبوض فتصدقا على كون المقبوض مشتركا بينهما المرجح لزعم  
المقر على زعم المنكر حتى انصرف المقر به الى صيب المقر خا... ولم يكن المقبوض مشتركا بينهما ايجاب  
بقوله غاية الامر انهما متصادقان على كون المقبوض مشتركا بينهما لكن المقر لو رجع به على أن المرجح  
هو أن اعتبار زعم المنكر يؤدى الى عدم الفائدة بلزوم الدور انتهى (أقول) كل واحد من تقريرى السؤال  
والجواب على الوجه الذى ذكره محمل أما تقرير السؤال فلان حديث معارضة زعم المقر لزعم المنكر  
وترجيح زعم المقر على زعم المنكر مالا أساس له بكلام انصف ههنا لانه قال غاية الامر انهما متصادقان على  
كون المقبوض مشتركا بينهما ولا شأن ان التصديق ينافى التعارض والترجيح فكيف يحل كلامه على  
ذلك والعجب ان صاحب العناية أدرج تصادقهما أيضا فى أثناء تقرير السؤال فرفرهم على تعارض زعميهما  
حيث قال فتصادقا على كون المقبوض مشتركا بينهما ثم طلب المرجح بقوله فما المرجح لزعم المقر على زعم  
المنكر ولا يخفى أنه فى نفس هذا ان تقرير تعارضهما وتماقضا أو ما تقرير الجواب فلان الفهوم من قوله يعنى  
أن المرجح وأن استبعاد زعم المنكر يؤدى الى عدم الفائدة بلزوم الدور هو أن لزوم الدور وانما يكون  
باعتبار زعم المنكر وليس كذلك بل لزوم الدور وانما يكون باعتبار زعم المقر دون زعم المنكر  
لأن رجوع الغريم على منكر بالاثرة عما هو على زعم امقران اياه قبض منه الخدين وانما بقى عليه  
التحسين المسمى وض وأما على زعم المنكر وهو ان اياه لم يقبض منه شيئا فلا يرجع الغريم على المقر بشئ  
بل يلزمه ان يصدقه التراضى مثل ما أعطاه المنكر فلا يلزم الدور وتدرتقف ثم قال صاحب العناية  
ولقائل أن يقول اذا كان من زعم المنكر ان اياه لم يقبض شيئا كان من زعمه ان أخاه فى اقراره ظالم وهو  
أيضا قبضه آخره مظلوم فلا يرجع على الغريم بشئ لا المظلوم لا يظلم غيره والجواب ان المظلوم  
لا يظلم غيره بما كسبه فى زعمه بل فى الرجوع نظام بل طالب التمام حقه انتهى (أقول) فى الجواب تقرر  
لان التمام من الذى قبضه المنكر من الغريم أو ان كان بينهما حق المنكر لم يكن هو فى رجوعه على  
الغريم بعد ان طال التمام فقد ان ايسر صدقه فى اياه ترائد على الخمين حتى يكون التمام له وان  
لم يكن المقبوض أو ان بينهما مذهب بل كان بفضه حق أخيه لم يكن هو فيما يقبضه أخوه منه مظلوما  
وهو الجواب ان الرجوع على تمام مظلوميته كما ترى فى الجواب أن يقبل لانه اذا كان من زعم  
المنكر ان اياه لم يقبض شيئا كذب زعمه لانه فيما يقبضه أخوه منه مظلوم كيف وهما متصادقان على  
كون ما قبضه من الغريم أو مشتركا بينهما كما تقرر نعم يجوز أن يكون من زعم المنكر ذلك ان أخاه ظالم  
لأنه سعى اطلب حقه فى التمام باقراره بان اياه قبض منها الخمسين

كتاب الصلح

قد عرفت من هذه الأقسام أن الفرق بين كذا وكذا في اللغة العربية هي المسألة خلاف

## المقدمة

فہمہ کتب سنت

(قوله ولما قيل ان يقول ان قراره على قوله انه قال ما قد دفع كذا في غير كلامه في قوله ان احاد فيها شبهه منه ظالم بحال ظاهرا) (قوله ان انما هو لا يقيم شيئا) (قوله ان يوف عام ما عليه عنده فلا يكون مظلوما اذا رجع عليه في رده)

وهذا هو مراد الشارح

في كتاب الصلح

(کتاب الصلح)



الخاصة وأصله من الصلاح وهو استقامة الحال فعناهد على حسنه الذاتي وفي الشريعة عبارة عن  
 عقد وضع لرفع المنازعة وسببه تعلق البقاء المقدر بتعاطيه كافي سائر المعاملات وركنه الإيجاب  
 والقبول كذا ذكر في البدائع والكافي وكثير من الشروح قال صاحب العناية أخذ من النهاية ووركنه  
 الإيجاب مطلقا والقبول في ما يتعين بالتعيين وأما إذا وقع الدعوى في الدراهم والناناء بر وطلب الصلح  
 على ذلك الجنس فقد تم الصلح بقول المدعي قبلت ولا يحتاج فيه إلى قبول المدعي عليه لأنه لا ينعض  
 الحق وهو يتم بالمسقط بخلاف الأول لأنه طلب البيع من غيره ومن طلب البيع من غيره يقال له  
 الغير بعثت لا يتم البيع ما لم يقبل الكتاب قلت انتهى (أقول) فيه ما إذا أؤلف نسبا إلى في الكتاب  
 أن الصلح إذا وقع عن أقرار فان كان عن مال بغير اعتبار فيه ما يعتبر في البياعات ان كان عن مال بغير  
 اعتبار بالاجارات وإذا وقع عن سكوت أو انكار كان في حق المدعي عليه لا بعداء اليقين وقطع الخصومة  
 وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة فإذا تقرر هذه الضابطات فلو وقع الدعوى في الدراهم والناناء وطلب  
 الصلح على ذلك الجنس وكان وقوع الصلح عن سكوت أو انكار ووجب أن يتم الصلح بقول المدعي قبلت  
 لأن كونه اسقاطا لبعض الحق واستيفاء بعضه لا أثر فيه إذا وقع عن سكوت أو انكار أو عن مدعي  
 المدعي وأما في حق المدعي عليه فلا أثر له لا في حق المدعي عليه ولا في حق المدعي عليه  
 الاقتداء وتتقيد بالخصومة وأما ما إذا كان المدعي عليه مدعي فحينئذ ينشأ التسليم كالأمر بطلب  
 على قطعة منها وأما في حق المدعي عليه فلا أثر له في كل الصلح صحيحا أو باطلا فلو كان المدعي عليه  
 أن يتم هناك أيضا بقول المدعي قبلت بدور قبول المدعي عليه لا بداسة اتصال الدعوى بهض استتس  
 ما قال فيما إذا وقع الدعوى في الدراهم والناناء وطلب الصلح على ذلك الجنس وطلب الصلح  
 والقبول فيما يتعين بالتعيين وأما ما إذا كان المدعي عليه مدعي فحينئذ ينشأ التسليم كالأمر بطلب  
 الأول فاصر عن إفادة كلية المدعي وهو ركنه لا إيجاب والقبول معا فحينئذ يتعين بالتعيين على المدعي  
 البيع من غيره لا يتم في كل صورة من الصور الثلاثة المذكورة في الضابطات المذكورة في  
 انما يتم في صورة واحدة منها وهي ما إذا كان الصلح عن أقراره كان بدلالة المدعي الشرط بغير  
 الصلح كون المصالح عنه مما يجوز عنه الاتساع والافقوس وطائفة من المصالح في الكتاب  
 وحكمه وقوع البراءة عن دعوى المدعي كذا في الكتاب وهو ضابط في حق المدعي عليه من  
 النهاية وحكمه تلك المدعي المصالح عليه مسكرا كذا في الشرح في حق المدعي عليه المصالح  
 عنه ان كان مما يتمثل للملك والبراءة في غيره ان كان مما لا يتمثل للملك في حق المدعي عليه  
 عن دعوى المدعي احتمل المصالح عنه التمهيد في حق المدعي عليه في حق المدعي عليه  
 يكون مما لا يتمثل للتدليل كذا في حق المدعي عليه في حق المدعي عليه في حق المدعي عليه  
 حق في ارض بيد المدعي صلت على ذلك الدعوى بدو جائز في حق المدعي عليه في حق المدعي عليه  
 قسمين أحدهما المدعي عليه ببراءة عن دعوى المدعي في حق المدعي عليه في حق المدعي عليه  
 المدعي اياه مع جريان حتمان لتأجيل الدعوى بدو في حق المدعي عليه في حق المدعي عليه  
 في المثال المذكور بان كون المسخ عنه زكيا في حق المدعي عليه في حق المدعي عليه  
 المصالح عليه حقيقة في ذلك ما أقره كل واحد منهم من المدعي عليه في حق المدعي عليه  
 الذي اليد وطلب الصلح عليه في حق المدعي عليه في حق المدعي عليه في حق المدعي عليه  
 كل واحد منهما على الآخر في حق المدعي عليه في حق المدعي عليه في حق المدعي عليه  
 قوله المدعي عليه في حق المدعي عليه في حق المدعي عليه في حق المدعي عليه

(قال الصلح على ثلاثة أضرب) الحصر على هذه الأنواع ضروري لأن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم بحجبا وهو لا يتخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لأنه سقط بقولنا بحجبا وكل ذلك جائز (لقوله تعالى والصلح خير) فإنه باطلاقة يتناولها فإن منع الإطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح عليهما أن يتصالحا بينهما صلحا والصلح خير فكان العهد أجيب بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص الـ بـ وبأنه ذكره لتعليل أي لا جناح عليهما أن يتصالحا لأن الصلح خير فكان عاما ولأنه وقع قوله تعالى أن يتصالحا (٣٤) في سياق الشرط فكان مستقبلا وقوله تعالى والصلح خير كان في الحال فلم يكن إياه

بل جنسه فإن قيل سلمناه ولكن صرفه إلى الكل متعذوران الصلح بعد البين و صلح المودع و صلح من ادعى قد فاعلى آخر و صلح من ادعى على امرأته كما فأنكرت لا يجوز فيصرف إلى الأدنى وهو الصلح عن اقرار أجيب بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لم يمنع لا يستلزم تركه عند عدمه (وقوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا

(قوله لأنه سقط بقولنا بحجبا) أقول فيه بحث اذ لا يكون الحصر حينئذ ضروريا قال المصنف (الإطلاق قوله تعالى والصلح خير) أقول أي لقوله المطلق فالإضافة من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف وعمام الآية وإن امرأة خافت من بعلها نشوزا أو أخراضا فلا جناح عليهما أن يتصالحا بينهما صلحا والصلح خير (قوله أجيب

قال (الصلح على ثلاثة أضرب صلح مع اقرار و صلح مع سكوت وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا ينكر و صلح مع انكار و كل ذلك جائز) لا إطلاق قوله تعالى والصلح خير ولقوله عليه الصلاة والسلام كل صلح جائز فيما بين المسلمين إلا صلحا أحل حراما أو حرم حلالا

ثلاثة المدعى المصالح عليه بل أغما يتيسر فيها براءة كل واحد منهما عن دعوى الآخر بقى ههما كلام آخر وهو أنه إذا ادعى رجل دارا وأنتكر المدعى عليه ودفع المدعى إلى ذي اليد شيئا بطريق الصلح وأخذ الدار فإنه جائز كما سيأتي في الشروح وأصل المسئلة في الفصل السابع من فصول الاسترواق مع أنه يملك هناك المدعى المصالح عنه والمدعى عليه المصالح عليه فينتقص ما ذكر من حكمه لم في أحد الجانبين طرفا وعكسا فأمثل (قوله الصلح على ثلاثة أضرب الخ) قال صاحب العناية الحصر على هذه الأنواع ضروري لأن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم بحجبا وهو لا يتخلو عن النفي والاثبات لا يقال قد يتكلم بما لا يتصل بمحل النزاع لأنه سقط بقولنا بحجبا انتهى (أقول) يرد على ظاهر حوايه أنه أغما في هذا تقسيمه الثاني وهو قوله وهو لا يتخلو عن النفي والاثبات ولا في هذا تقسيمه الأول وهو قوله أن الخصم وقت الدعوى إما أن يسكت أو يتكلم بحجبا إذ تخرج صورة التكلم بما لا يتصل بمحل النزاع عن قسميه معا فيبقى الاعتراض بهذه الصورة على قوله الحصر على هذه الأنواع ضروري ويمكن أن يقال المراد بالسكوت في قوله إما أن يسكت أو يتكلم بحجبا هو السكوت عن التكلم بحجبا لا السكوت مطلقا وهو عدم التكلم أصلا فتدخل الصورة المزبورة في القسم الأول من تقسيمه الأول وهو قوله إما أن يسكت فيصح قوله الحصر على هذه الأنواع ضروري وتفسير السكوت في الكتاب بقوله وهو أن لا يقر المدعى عليه ولا يكر لا يتخلو عن إجماع إلى أن المراد بالسكوت ههنا هو السكوت عن الجواب دون مطلق السكوت لأن معنى مطلق السكوت مع كونه غنيا عن التفسير ليس ما ذكر في الكتاب بل هو أن لا يتكلم أصلا (قوله وكل ذلك جائز للإطلاق الخ) تسامح المصنف ههنا في التعبير حيث قال لا إطلاق وقوله تعالى والصلح خير مع أنه لا يذهب عليه أن الدليل على جواز كل ذلك في الحقيقة قوله المطلق لا إطلاق وقوله إلا أنهم كثيرا ما يتسامحون في العبارة في أمثال ههنا بناء على ظهور المراد وتنبها على فائدة تنبيهها لك العبارة كما في تعريفهم العلم بمحصول صورة الشيء في العقل مع أنه في الحقيقة هو الصورة الحاصلة في العقل على ما حققه الفاضل الشريف في بعض تصانيفه قال بعض الفضلاء في حل قول المصنف لا إطلاق وقوله تعالى أي لقوله المطلق فالإضافة من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف انتهى (أقول) ليس هذا بعيد أما أولا فلأن إضافة الصفة إلى الموصوف ليست بجائزة كإضافة الموصوف إلى الصفة على ما هو المذهب المختار المقرر في كتب النحوي حتى أنهم أولوا

بأن الاعتبار لعموم اللفظ لا لخصوص السبب) أقول أنت خير بأن المانع يمنع عموم اللفظ مستندا بأن اللام مثل العهد فالجواب يتضمن المصادرة على المطلوب فليست أمثل (قوله وبأنه ذكره لتعليل) أقول فيه بحث لأنه لو كان تعليلا لأجل الغاء ما لا و (قوله وقوله والصلح خير كان في الحال) أقول أن أراد أن الحكم المحمول على الموضوع كائن في الحال فسلم ولا يعيب الجواب أن يكون الحكم عليه هو الصلح الاستقبالي وإن أراد أن الحكم على الصلح الكائن في الحال يعني حقيقة الصلح وجنسه كما في قولهم الرجل خير من المرأة فإن خصم أن يمنع (قوله فأنكرت لا يجوز) أقول بل يجوز كما سيبي عن قريب

مثل جرد قطيفة وأخلاق ثياب بما يخبر به عن أن يكون من قبيل إضافة الصفة إلى الموصوف فمعنى  
 حل كلام المصنف ههنا على ذلك وأما ثانياً فلأن الصفة في لقوله المصنف هو المطلق لا الإطلاق والكلام  
 في توجيه إطلاق قوله فلا يجدي حديث إضافة الصفة إلى الموصوف شيأ بل لا بد من المصير إلى المسامحة  
 كما ذكرنا وقال صاحب العناية فإن منع الإطلاق لوقوعه في سياق صلح الزوجين في قوله تعالى فلا جناح  
 عليهم ما أن يصلحوا بينهم ما صلحوا واصلح خيرة كان للعهد أحجب بأن الاعتبار هو اللفظ لا المصير  
 السبب وبأنه ذكر للتعليل أي لا جناح عليهم ما أن يصلحوا لأن الصلح خيرة كان عاملاً ووقع قوله تعالى أن  
 يصلحوا في سياق الشرط فكان مستقبلاً وقوله تعالى واصلح خير كان في الحال فلم يكن إياه بل جنسه انتهى  
 (أقول) إن الجواب الأول والثالث من هذه الأجوبة الثلاثة ليسا بآتين أما الأول فلأن كون الاعتبار  
 لعموم اللفظ لا بخصوص السبب لا يجدي شيئاً في دفع السؤال المذكور لأن حاصله منع عموم اللفظ بحمل  
 اللام في قوله تعالى واصلح خير على العهد فإنه حينئذ يصير خاصاً وانما يجدي نفعاً لو سلم عموم اللفظ في نفسه  
 وأريد تخصيصه بخصوص السبب وأما الثالث فلأنه إن أراد بقوله واصلح خير كان في الحال أن التكلم  
 بهذا الكلام والأخبار بهذا الخبر كان في الحال أي في حل ورود الآية الكريمة فسلم لكن هذا لا ينفي  
 أن يكون تحقق مدلوله في الاستقبال ألا يرى أنك إذا قلت الأمر الذي يحدث غداً خير فلا شك أن تكلمك  
 بهذا الكلام وأخبارك به كائن في الحال وأما تحقق ذلك الأمر واتصافه بالتبعية فيكون في المستقبل فلم  
 يتم قوله فلم يكن إياه بل جنسه وإن أراد بذلك أن الصلح الذي أخبر بأنه خير كان في الحال فهو ممنوع فالجواب  
 من بين تلك الأجوبة هو الجواب الثاني وهو المذكور في الكافي وفي سائر الشروح أخذنا من الأسرار  
 ووجه كون الصلح عاماً في قوله تعالى واصلح خير على تقدير أنه ذكر للتعليل هو أن العلة لا تقتضي جعل الحكم  
 الذي عمل فيه بل أيتما وجدت العلة فبعضها حكمها كذا قالوا وهو التقرر بالمناسبات لقواعد الأصول وأما  
 التقرر بالمطابق لقواعد المعقول فلأنه يكون حينئذ خارجاً عن مخرج الكبرى من الشكل الأول كأنه  
 قيل فإن هذا صلح والصلح خير وكية الكبرى شر لاننتاج الشكل الأول على ما عرف في الميزان واعتراض  
 بعض الفضلاء على هذا الجواب أيضاً حيث قال فيه بحيث لأنه لو كان تعليلاً لابدل القاع بالواو وانتهى  
 (أقول) ليس هذا بشئ لأن ذلك الإبدال انما يلزم لو كان تعليلاً من حيث اللفظ وليس كذلك بل هو تعليل  
 من حيث المعنى وعن هذا قالوا إن الله تعالى أخرجه مخرج التعليل لما سبق ذكره كأنه قال: والحوالان  
 الصلح خير وقال في غاية البيان وهو المفهوم من لسان العرب كما يقال صل والصلاة خير عني إن قرله تعالى  
 والصلح خير بمنزلة الكبرى من الدليل والصغرى مطوية كما أشرنا إليه فيما مر وأداة التعليل كاللام والفاء  
 إذا ذكرت انما تدخل على أول الدليل وهو الصغرى دون الكبرى فلا يلزم الإبدال ههنا أصلاً تدبر ثم  
 قال صاحب العناية فإن قيل سلمناه يعني الإطلاق في قوله تعالى واصلح خير ولكن صرفه إلى الكل متعذر  
 لأن الصلح بعد اليمين واصلح المودع واصلح من ادعى قذفاً على آخر واصلح من ادعى على امرأة نكاحاً فانكرت  
 لا يجوز فيصرف إلى الأدنى وهو الصلح عن إقرار أحجب بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لما منع  
 لا يستلزم تركه عند عدمه انتهى (أقول) يرد على ظاهر قوله واصلح من ادعى على امرأة نكاحاً فانكرت  
 لا يجوز أنه خبط أذهو مخالف لصرح ما ذكر في عامة الكتب حتى الهداية والبداية فيما سألني وهو أنه  
 إذا ادعى رجل على امرأة نكاحاً وهي تجحد فصالحته على ما يذلت حتى يترك الدعوى جازف كأنه في معنى  
 الخلع ثم أقول توجيهه أن لعدم الجواز رواية في هذه المسئلة وإن كان ظاهر الرواية بخلافها والسؤال  
 المزبور عما أورده الشافعية فهم أخذوا في هذه المسئلة وأخواتها مما هو الملائم لغرضهم والخفية أجابوا  
 عنه تارة بمنع عدم الجواز في تلك المسائل وأخرى بأن ترك العمل بالإطلاق في بعض المواضع لما منع



وقال الشافعي (لا يجوز مع انكار أو سكوت) لأنه صلح أحل حراماً أو حرم حلالاً وذلك حرام غير مشروع بالحديث المروي (ولأن المدعى عليه يدفع المال لدفع الخصومة وهذه رشوة) وهي حرام (ولنا ما تلونا) من قوله تعالى والصلح خير (وأول ما رويناه) من الحديث وهو قوله صلى الله عليه وسلم كل صلح جائز بين المسلمين (٣٦) (وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كالتجر أو حرم حلالاً لعينه كالصلح على أن

وقال الشافعي لا يجوز مع انكار أو سكوت لما رويناه وهذا بهذه الصفة لأن البديل كان حلالاً على الدافع حراماً على الآخذ به بل الأمر ولأن المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذه رشوة وأما ما تلونا وأول ما رويناه وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كالتجر أو حرم حلالاً لعينه كالصلح على أن لا يبطأ لضره

لا يستلزم تركه عند عدم دفع صاحب العماية كفي بالنهي ولم يعرض للمع وأما صاحب نهاية البيان فتعرض له ما مع احتج قال في الجواب ههنا على أن نأنع عدم جوار الصلح في دعوى لسكاح علمها إذا أنكرت ففصلت على مال لأنه يجوز وبه صرح القدروري في مختصره وسجي ذلك في فصل عيب هذا انتهى وقال في ذلك الفصل وهذا الذي ذكره القدروري هو ظاهر الجواب يدل على ذلك ما ذكره في مختصر الكافي وشرحه كذلك فعلى هذا لا يرد علينا سؤال الشافعية في مسألة الصلح على الانكار بقوله إمام ادعى على امرأة نكاحاً فأنكرت فصالحته على مال لا يجوز ولزمت تلك المسئلة كما وردت في نسخ طريفة الخلاف بالجواب عنه ما مر في تلك المسئلة انتهى (قوله وقال الشافعي لا يجوز مع انكار أو سكوت لما رويناه الخ) قلت كان لا يظهر أن يقال لا آخر ما رويناه لأن أوله حجة عليه لاله (قوله ولنا ما تلونا وأول ما رويناه الخ) كردز ههنا كيداً ونوطاً لقوله وتأويل آخره الخ والكني ههنا بيان هذا التأويل مع بيان أن دفع الرشوة لدفع الظلم جائز في الشرع لأنه يصدد الجواب عما قاله الشافعي والجواب عنه يتم ببيانهما (أقول) بقي ههنا اشكال في قوله وأول ما رويناه وهو أن المفهوم منه أن يكون أول ذلك الحديث دللاً لنا مع قطع النظر عن آخره وهذا ليس بصحيح لأن آخره مستثنى من أوله وقد تقرر في علم أهل الفقه أن المذهب الصحيح المختار عند الأئمة الحنفية في الاستثناء أن يتأخر حكم صدر الكلام عن إخراج المستثنى من المستثنى منه فلا يكون لاول الكلام في صورة الاستثناء حكم مستقل بدون آخره بل لا يتم المعنى الإجموع المستثنى والمستثنى منه ويمكن أن يوجه بأن قوله وتأويل آخره أحل حراماً لعينه الخ متصل من حيث المعنى بقوله وأول ما رويناه فاصل الكلام أن لما أول ما رويناه مع تأويل آخره بالدليل مجموع الحديث بملاحظة هذا التأويل ولكن الانصاف أن لفظة أول ههنا مع كونها رائدة لا فائدة لها موهمة لما يخل بالكلام ويضر بالمقام كأنه عليه فالأولى أن تطرح من البين قوله وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كالتجر أو حرم حلالاً لعينه كالصلح على أن لا يبطأ لضره) وجهه على هذا حق لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والحلال المطلق ما هو حلال له نه وما ذكره غير متمم للصالح مع الاقرار بخلو عن ذلك فإن الصلح يقع على بعض الحق في العادة فيأخذ على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد دخل بالصلح كذا في الكافي وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل والحل على ذلك واجب لثلا يبطل العمل به أصلاً وذلك لأنه لو حل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق فيأخذ على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعره ما المراد به ما كان حلالاً أو حراماً لعينه انتهى (أقول) في تقريره خلل إذ لا معنى لقوله لأنه لو حل على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لأن الكلام في حل أحراماً سبب

لا يبطأ لضره) أو أن لا يتسرى والحل على ذلك واجب لثلا يبطل العمل به أصلاً وذلك لأنه لو حل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق فيأخذ على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعى قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعره ما المراد به ما كان حلالاً أو حراماً لعينه

(قوله ولنا ما تلونا من قوله تعالى والصلح خير وأول ما رويناه) أقول وههنا تكرار وكان الأولى أن لا يذكر ذنبك الدليلين فيما تقدم حتى لا يلزم ذلك قال المصنف (وتأويل آخره أحل حراماً لعينه كالتجر أو حرم حلالاً لعينه كالصلح الخ) أقول وجهه على هذا حق لأن الحرام المطلق ما هو حرام لعينه والحلال المطلق ما هو حلال له نه وما ذكره غير متمم للصالح مع الاقرار بخلو عن ذلك فإن الصلح يقع على بعض الحق في العادة فيأخذ على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد دخل بالصلح كذا في الكافي وقال صاحب العناية في شرح هذا المحل والحل على ذلك واجب لثلا يبطل العمل به أصلاً وذلك لأنه لو حل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق فيأخذ على المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح وكان حراماً على المدعى عليه منعه قبله وحل بعده فعره ما المراد به ما كان حلالاً أو حراماً لعينه انتهى (أقول) في تقريره خلل إذ لا معنى لقوله لأنه لو حل على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره لأن الكلام في حل أحراماً سبب

المأخوذ إلى تمام الحق كان حلالاً للمدعى أخذه قبل الصلح وحرم بالصلح أو كان حراماً على المدعى عليه منعه قبل الصلح وقد حل بالصلح انتهى (قوله لأنه لو حل على الصلح على الاقرار خاصة لكان كالصلح على غيره) أقول يعني لكان كالصلح على غير الاقرار في البطالان على زعم الخصم (قوله لأن الصلح في العادة لا يكون إلا على بعض الحق) أقول ههنا مختص بالدين لظهور عدم جريانه في العين فلا يلزم بطلان العمل به إذا لا يجوز الصلح على بعض الحق في العين أيضاً (أقول) في تقريره خلل

(ولان هذا الصلح بعد دعوى صحيحة) فكان كالصلح مع الاقرار (فيقضى بجوازه) لوجود مقتضى وانتهاء المانع لان المانع اما ان يكون من جهة الداعم اومن جهة الاخذ وليس شئ منهما مجبوراً. أما الثاني (فلا ان المدعى يأخذه في زعمه عوضاً عن حقه وذلك مشروع وأما الاول فلا ان المدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا أيضاً) (٣٧) مشروع اذا المال وقاية الانفس ودفع

الظلم عن نفسه بالرشوة  
أمر جائز لا يقال لان سلم  
الجواز أقوله صلى الله  
عليه وسلم لعن الله الراشي  
والمرتشي وهو عام لانه  
محمول على ما اذا كان على  
صاحب الحق ضرر محض  
في أمر غير مشروع كما اذا  
دفع الرشوة حتى أخرج  
الوالي أحد الورثة عن  
الارث وأما دفع الرشوة  
لدفع الضرر عن نفسه  
فجائز لدفعه وتعمامه في  
أحكام القرآن للراي  
فان قيل فعلى هذا اداعي  
على آخر ألف درهم وهو  
منكر وأصلها على دفاتر  
مسماة ثم افتراق قبل القبض  
ينبغي أن يجوز لان هذا  
الصلح في زعم المدعى عليه  
لدفع الخصومة عن نفسه  
للاعاوضة ومع هذا  
لا يجوز أجيب بأن عدم  
الجواز بناء على زعم المدعى  
اذ في زعمه انه صرف لانه  
صالحه عن الدراهم على  
الدائير والقبض شرط فيه  
في المجلس قال (فان وقع  
الصلح عن اقرار الخ) اذا  
وقع الصلح عن اقرار وكان  
عن مال على مال اعتبر فيه  
ما يعتبر في البياعات لوجود  
معنى البيع وهو مبادلة  
المال بالمال بتراضيهما في حق المتعاقدين

ولان هذا الصلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجوازه لان المدعى يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه وهذا مشروع والمدعى عليه يدفعه لدفع الخصومة عن نفسه وهذا مشروع أيضاً (فان ردة الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال) لوجود معنى البيع وهو مبادلة المال بالمال في حق المتعاقدين بتراضيهما

على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة لا في حله على الصلح على الاقرار خاصة اذا اقر بين الصلح على اقرار والصلح على غيره في الصحة على تقدير أن يحمل آخر الحديث على الحرام لعينه والحلال لعينه خاصة ولا يثبت بينهما عدم الصحة على تقدير أن يحمل آخره على ما يعم الحرام لغير عينه والحلال لغير عينه أيضاً فدار التأويل في الجملة في آخر الحديث انما هو لفظ الحرام والحلال وأطلقه دون لفظ الصلح فالحق في التقرير ان يقال لا يلزم على ما يعم الحرام والحلال لعينه وما لغير عينه ما كان الصلح على الاقرار كالصلح على غيره في الاشتراك على اطلاق الحرام والحلال ثم ان بعض الفضلاء أورد على قوله ان الصلح في العدة لا يكون لاسي بعض الحق بأن قال هذا المختص بالذين لظهور عدم جريانه في العين ولا يلزم بطلان العمل به انه يجوز الصلح عن بعض الحق في العين الا بالبراءة عن دعوى الباقي كما سيجي ما انتهى (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل اذ لا يلزم من عدم جواز الصلح على بعض الحق في لعين الا بالبراءة عن دعوى الباقي عدم جوازه على بعض الحق في العين أصلاً غاية الامر أن يكون جواز الصلح على بعض الحق في العين مشروعاً بالبراءة عن دعوى الباقي على أنه ليس كذلك أيضاً ان الجواز الصلح على بعض الحق في العين طريق آخر وأن يريد درهماً في بدل الصلح وسبأ في كلا الطريقين في الكتاب وعلى كلامه يجرى قوله لان الصلح في العادة لا يكون الا على بعض الحق في العين أيضاً (قوله ولان هذا الصلح بعد دعوى صحيحة فيقضى بجواز الخ) أقوله ودفع الرشوة لدفع الظلم أمر جائز) هذا دليل عقلي على ما ذهب اليه ائمتنا من جواز الصلح مع انكار أو سكوت أيضاً متضمن للجواب عن دأبل عقلي للشافعي مذكور فيما قبل وهو قوله ولان المدعى عليه يدفع المال لقطع الخصومة وهذا رشوة قال الشراح لا يقال نسلم جواز دفع الرشوة لدفع الظلم لان قول النبي صلى الله عليه وسلم لعن الله الراشي والمرتشي عام لان قول هذا الحديث محمول على ما اذا كان على صاحب الحق ضرر محض في أمر غير مشروع كما اذا دفع الرشوة حتى أخرج الوالي أحد الورثة عن الارث وأما اذا دفع الرشوة لدفع الضرر عن نفسه فجائز لدفعه انتهى واعتبر بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه ان المعتبر هو عموم اللفظ وما الدليل على انه محمول على انه كغيره يجرى على عمومه انتهى (أقول) الدليل عليه ما ورد من النصوص في ان الضرورات تبیح المحظورات منها قوله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج ولا شئاً في دفع الضرر عن نفسه دفعه أخرج (قوله فان وقع الصلح عن اقرار اعتبر فيه ما يعتبر في البياعات ان وقع عن مال بمال الخ) هذا لفظ القدوري في محصره ولو كان الاصل ان الصلح يجب حله على أقرب العقود اليه كما صرحوا به اراد ان يبي ضابطه يعرف بها انه على أي عقد يحمل (أقول) ليست هذه الضابطه بامة لار الصلح عن اقرار يدين عن مباح عمال أو مدفوعة كما اذا أوتى رجل بسكنى داره سنة من وادع الموص له اسكنني فصاحه الورثة عن ذلك على راءهم معينه أو على خدمة

(قوله لانه محمول على ما اذا كان على صاحب الحق الخ) أقول فيه ان المعتبر هو عموم اللفظ وما الدليل على انه محمول على ما ذكره غيري على عموم

فجبري فيه الشفعة في العقار ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الشرط والرؤية ويفسده جهالة المصالح عليه لانها تنفضي الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط وهذا ليس على اطلاق بل فيه تفصيل اخفنا الى ذكره وهو ان الصلح باعتبار بدليه على أربعة أوجه اما أن يكون عن معلوم على معلوم وهو جائز لا جهالة واما أن يكون عن مجهول على مجهول فان لم يحتج فيه الى التسليم والتسلم مثل أن يدعي حقاني دار رجل وادعي المدعي عليه حقاني أرض بيد المدعي واصططحا على ترك الدعوى جاز وان احتج اليه وقد اصططحا على أن يدفع أحد ههما مالاً لم يبينه على أن يترك الآخر دعواه أو على أن يسلم اليه ما دعاه لم يجز وإما أن يكون عن مجهول على معلوم وقد احتج فيه الى التسليم كما لو ادعى حقاني (٣٨) دار في يد رجل ولم يسمه فاصططحا على أن يعطيه المدعي ماله معلوماً ليس المدعي عليه

(فجبري فيه الشفعة اذا كان عقاراً ويرد بالعيب ويثبت فيه خيار الرؤية والشرط ويفسده جهالة البدل) لانها هي المفضية الى المنازعة دون جهالة المصالح عنه لانه يسقط ويشترط القدرة على تسليم البدل (وان وقع عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات) لوجود معنى الاجارة وهو تسليم المنافع بحال والاعتبار في العقود لمعانيها فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحد ههما في المدة لانه اجارة (والصلح عن السكوت والانتكار في حق المدعي عليه لا فساد البين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة) لما بينا (ويجوز أن يختلف حكم العقد في حق ههما كما يختلف حكم الاقالة في حق المتعاقدين وغير ههما) وهذا في الانتكار ظاهر وكذا في السكوت لانه يحتتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضاً في حقه بالشك

عبد شهر أو على ركوب دابة شهر فان كل ذلك جائز على ما صرحوا به في أول الفصل الا في حق ما لم يذكر في هذه الضابطة وان كان في معنى عقداً الاجارة وكذا يقع على البيع بحال ولا منفعة كالصلح عن جناية العمد فانه جائز وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا أيضاً كما سياتي في الكتاب مع انه ليس بمذكور أيضاً في هاتيك الضابطة وليس في معنى عقد البيع ولا في معنى عقد الاجارة بل هو في معنى عقد النكاح ولم يفهم من الضابطة المذكورة قط وكذا يقع الصلح عن دعوى الرق بحال فيكون في معنى الاعتاق على مال وعن دعوى الزوج النكاح بحال فيكون في معنى الخلع وليس شيء منهما بادخل أيضاً في الضابطة المذكورة ولا مفهوماً منها أصلاً فكانت قاصرة عن افادة تمام المراد لا يقال يستغنى عن ذكر تلك الصور ههنا بما ذكر في الفصل الا في حق قريب لانه يقول قد ذكرهنا ما ذكره ههنا أيضاً بأن قال والصلح جائز عن دعوى الاموال والمنافع ولا يتم العذر ثم ان كون الصلح عن اقرار في معنى البيع اذا وقع عن مال بحال انما هو فيما اذا وقع على خلاف جنس المدعي وأما فيما اذا وقع على جنسه فان كان بأقل من المدعي فهو حط وبراءة وان كان بمثله فهو قبض واستيفاء وان كان بأكثر منه فهو فضل وربا صرح به في التبيين وغيره (قوله والصلح عن السكوت والانتكار في حق المدعي عليه لا فساد البين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا الخ) أشار به الى ما ذكره بقوله لان المدعي يأخذه عوضاً عن حقه في زعمه (أقول) ههنا كلام وهو ان كون الصلح عن السكوت والانتكار في حق المدعي مطلقاً بمعنى المعاوضة ممنوع فانه اذا ادعى عينا وانتكر المدعي عليه أو سكت ودفع المدعي الى المدعي عليه شيئاً بطريق الصلح وأخذ العاين كان ذلك الصلح جائزاً على ما صرحوا به مع انه في حق

الى المدعي ما دعاه وهو لا يجوز وان لم يحتج فيه الى التسليم كما اذا اصططحا هذه الصورة على أن يترك المدعي دعواه جاز وإما أن يكون عن معلوم على مجهول وقد احتج فيه الى التسليم لا يجوز وان لم يحتج اليه جاز والاصل في ذلك كله ان الجهالة المفضية الى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم هي المفسدة فلا يجب فيه التسليم والتسلم جاز وما وجبا فيه لم يجز مع الجهالة لان القدرة على تسليم البدل شرط لكونه في معنى البيع (وان كان عن مال بمنافع يعتبر بالاجارات لوجود معنى الاجارة وهو تسليم المنافع بحال) وكل منفعة يجوز استحقاتها بعقد الاجارة يجوز استحقاتها بعقد الصلح فاذا صلح على سكنى بيت نعمته الى مدة معلومة جاز وان قال أبداً وحتى يموت لا يجوز

فان الاعتبار في العقود للعائ كالهبة بشرط العوض فانها بيع مسمى والكفالة بشرط ابراء الاصيل حوالة والحوالة بشرط مطابقة الاصيل كفالة (فيشترط التوقيت فيها ويبطل الصلح بموت أحد ههما في المدة) كالاجارة (واذا وقع الصلح عن السكوت والانتكار كان في حق المدعي عليه لا فساد البين وقطع الخصومة وفي حق المدعي بمعنى المعاوضة لما بينا) ان المدعي يأخذه عوضاً في زعمه فان قيل العقد لما تصف بصفة كيف ينصف بأخرى تقابلها أجاب بقوله (ويجوز أن يختلف حكم العقد في حق ههما كما يختلف حكم الاقالة) فانها نسخ في حق المتعاقدين بيع جديد في حق ثالث وكعقد النكاح فان حكمه الخلع في حق امرأته والتعريم المؤبد في حق أمها (وهذا) أي كونه لا فساد البين أو قطع الخصومة (في الانتكار ظاهر) وأما في السكوت فلا نه يحتتمل الاقرار والجحود فلا يثبت كونه عوضاً في حقه بالشك مع ان جهالة على الانتكار أولى لان فيه دعوى تفرغ الذمة وهو الاصل

قال (واذا صالح عن دار الخ) اذا صالح عن دار عن انكار أو سكوت لا تجب فيها الشفعة لانه يأخذها أي المدعي عليه ليستبقى الدار على ملكه لانه يشترطها ويدفع المال لدفع الخصومة في زعمه والمرواخذ بما في زعمه ولا يلزمه زعم غيره بخلاف ما اذا كان على دار) لان المدعي يأخذها عوضا عن المال فكان معه عوض في حقه فقلنا لا يشترطها باقراره وان كان المدعي عليه بكذبه فصار كأنه قال اشترى بها من المدعي وهو ينكر (واذا صالح عن قرار واستحق بعض المصالح عنه بجمع المارعي عليه) على المدعي (محصنة المستحق من العوض) لانه لكونه عن اقرار معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع ذلك وان صالح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه بجمع المدعي بالخصومة على المستحق لقيامه مقام المدعي عليه ورد العرض بالمدعي عليه ما بذل الوض لدفع الخصومة عن نفسه فانما ظهر الاستحقاق لظهور ان الخصومة له فيبقى في يده غير مشتمل على عرض المدعي عليه فيسترده كالمكفوف عنه اذا دفع المال الى المكفوف على غرض دفعه الى رب الدين ثم أدى الدين بنفسه قبل أداء المكفيل فانه يسترده لعدم استعماله على غرضه وفوقض عما اذا ادعى دارا وأنكر المدعي عليه ودفع المدعي الى ذي اليد شيئا بطريق الصلح وأخذ الدار ثم استحققت فانه لا يرجع على المدعي عليه بما دفع مع انه بظهور الاستحقاق تبين أن المال في يده غير مشتمل على غرض المدعي وهو وقطع (٣٩) الخصومة وأحيط بأن المدعي عليه

قال (واذا صالح عن دار لم يجب فيها الشفعة) معناه اذا كان عن انكار أو سكوت لانه يأخذها أي المدعي عليه ويدفع المال لدفع الخصومة المدعي ورغم المدعي يلزمه بخلاف ما اذا صالح عن دار حية يجب فيها الشفعة لان المدعي أخذها عوضا عن المال فكان معه عوض في حقه فقلنا لا يشترطها باقراره وان كان المدعي عليه بكذبه قال (واذا كان الصلح عن اقرار واستحق بعض المصالح عنه بجمع المارعي عليه بمحصنة ذلك من العوض) لانه معاوضة مطلقة كالبيع وحكم الاستحقاق في البيع هذا (وان وقع الصلح عن سكوت أو انكار فاستحق المتنازع فيه بجمع المدعي بالخصومة وودا عرض) لان المدعي عليه ما بذل العوض الا لدفع خصومته عن نفسه فانما ظهر الاستحقاق تبين أن لا خصومة فيبقى العوض في يده غير مشتمل على غرضه فيسترده وان استحق بعض ذلك رد حصته ورجع بالخروج منه فيه لانه لا العوض في هذا القدر عن الغرض ولو استحق المصالح عليه عن اقرار بجمع بكل المصالح عنه لانه مبادلة وان استحق بعضه بجمع بمحصنة وان كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع الى الدعوى في كله او بقدر المستحق اذا استحق بعضه لان المبدل فيه هو الدعوى وهذا الصلح اذا باع منه على الاسكار شيئا حيا يرجع بالمدعي لان الاداء دام على البيع اقرار منه بالحق به ولا كذا الصلح لانه يتبعه لا يقع الخصومة ولو هلك بدل الصلح قبل التسليم فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الدين

المدعي ليس معنى المعاوضة لان في زعم المدعي ان العين الذي ادعاه حقه ولا تصور ان يعاوض انسان

فلما العوض في هذا القدر عن غرض المدعي عليه (ولو استحق المصالح عليه في الصلح عن اقرار بجمع بكل المصالح عنه) لانه انما تارة الدعوى ليس له بدل الصلح ولم يسلم فيه بجمع بمبدله كافي البيع (وان استحق بعضه بجمع بمحصنة) اعتبارا ببعض الكل (وان كان الصلح عن انكار أو سكوت رجع الى الدعوى في كله او بعضه بحسب الاستحقاق لان المبدل فيه هو الدعوى) هذا اذا لم يتبر لفظ البيع في الصلح أما اذا كان أجرى كما اذا ادعى دارا وأنكر المدعي عليه ثم صالح عن هذه الدعوى على عبده وقال بعثها الى العبد بهيئة الدار ثم استحق هذا الدار فان المدعي يرجع على المدعي عليه بالدعوى لان اقدم المدعي عليه على البيع بقرائه من الدار لان المدعي لا يشترط ملك نفسه فكان حكمه حكم البيع ولا كذا الصلح لانه رتب له الخصومة (ولو هلك بدل الصلح تبرأ المدعي الى المدعي) فالجواب فيه كالجواب في الاستحقاق في الدين (أقول لا يقرر انكاره ان من اقرار بجمع به المدعي وان كان عن انكار بجمع بالدعوى

(قوله لانه يأخذها الى قوله ويدفع المال) أقول قوله ويدفع المدعي على ذوقه يأخذها (قوله لا يشترط في يده غير مشتمل على غرضه) أي المدعي عليه) أقول يعني يبقى العرض في يد المدعي (قوله لا يسترده) أي أي بحسب الاستحقاق (قوله ثم استحققت ذلك انما على بجمع) أقول صوابه ثم استحق اذا ضمير المستتر منه راجع الى العبد

قال (وان ادعى حقاً دار الخ) هذه المسئلة قد تقدمت في باب الاستحقة اقول من كتاب البيوع فلا تعيدها ولو ادعى داراً فصالح على  
 قطعة منها) كيت من بيوتها بعينه لم يصح الصلح لان ما قبضه بعض حقه ونحوه على دعواه في الابق (وتقبل بينته لانه استوفى بعض حقه)  
 وأبرأ عن الباقي والبراءة عن العين باطل فكما يوجد معناه روى كشيخ انه لا تسمع دعواه وذو صاحب النهاية انه ظاهر  
 لروايته وجهه أن البراءة في منا ودعوى والبراءة اعوى صحيح فابن قال لغزوه أبرأئك عن دعوى هذا العين صح ولو ادعاه  
 به ذلك لم يصح ويسمع وقيد به على فطنة منها ان الصلح اوقع على ما يسمع او من د رار من صح لكونه حينئذ يبيعاً وكذا لو كان  
 على سكتى بيت معين من غيره (٢٠) لكونه اجارة حتى يشترط كونه المادة معلومة واراد المدي أن يدعى البقية لم يكن له

قال (وان ادعى حقاً دار) ولم يبينه قد ولح من ذلك ثم استقر بعض المدارك برد شيأ من العوض لان  
 دعوه يجوز أن يكون فيما قبض (فما ذ استحق كله لانه يبيع العوض عن ذاك عن شيء يملكه  
 فيرجع كله على ما قدمناه في البيوع ولو ادعى داراً فصالحه في قطعة منها لم يصح الصلح لان ما قبضه من  
 عين حقه وهو على دعوه في الباقي والبراءة فيه أحد أمرين اما أن يزيد درهما في بدل الصلح فيصير  
 ذلك عوضاً عن حقه فيما بقي ويلحق به ذك البراءة عن دعوى الباقي  
 الفصل (٢١) والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع على ما مر

ذلك لو صول كل حقه اليه  
 باعتبار ماله عننا أو منفعة  
 قال المصنف (والوجه في) أي  
 الجلب في تصحيح الصلح اذا  
 كان على قطعة منها (أحد  
 أمرين ان يزيد درهما في  
 بدل الصلح لانه عوض عن  
 حقه فيما بقي أو يلحق به ذك  
 البراءة عن دعوى الباقي) مثل  
 أن يقول برئت من دعوى  
 في هذه الدار فانه يصح لصادقة  
 البراءة الدعوى وهو صحيح  
 حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء  
 بينته لم تقبل وفي ذ كر لفظ  
 البراءة دون البراءة إشارة الى  
 أنه لو قال أبرأئك عن دعواي  
 أو خصومتى في هذه الدار كان  
 باطلاً لاوله أن يخصامه فيها  
 بعد ذلك والفرق بينهما أن  
 أبرأئك انما يكون ابراء من  
 الخصم ان لا من الدعوى  
 وقوله برئت براءة من الدعوى  
 كذا قالوا ونفسه صاحب  
 النهاية عن الذخيرة ونفس  
 بعض الشارحين عن الوقعات  
 في تعليل هذه المسئلة لان  
 قوله أبرأئك عن خصومتى

ملك نفسه بل دعوى هو المدعى في ذلك... وروى لفظ الخصومة كما صرحوا به أيضاً رقبه أو يلحق به ذك  
 البراءة عن دعوى الباقي) قال صاحب... النهاية فان قلت كيف صورة البراءة قلت هي أن يقول قد  
 برئت من هذه الدار أو من... من دعوى في هذه الدار فهذا جائز حتى لو ادعى بعد ذلك  
 ويطلبه ذك لأمراً قال أبرأئك عن هذه الدار أو قال قد أبرأئك من خذ ومتى في هذه الدار هذا  
 ما به باطل وبه... صاحب... فبهم... بذلك وفسر بين قوله برئت وبين قوله أبرأئك فان في قوله أبرأئك  
 انما أبرأته... من لأمس الدعوى وعن هذا قالوا أن عبد الله في يد رجل لو قال له رجل برئت منه كان بريئاً  
 منه ولو قال أبرأئك منه كان له أن يديه ونما أبرأته منه كذا في الذخيرة الى ههنا كلامه  
 (اقول) فيسقط نظر... أن... من ضرورة البراءة بقوله برئت من هذه الدار مع كونه غير مطابق  
 للشروط وهو حق المصنف أو يلحق به ذك براءة عن دعوى الباقي يدل على صحة البراءة من العين وليس  
 كذلك لان مدار عدم صحة الصلح عن بعض المدعى في انعين بدون الجلب في تصحيحه بأحد الأمرين اما هو  
 عدم صحته انما يقع من العين والصلح على ذات يان كان أدباً فله بعض الحق واسقاط البعض الباقي  
 في الصلح على بعض المدعى في لغيره... براءة الصحبة المطابقة للشروط انما هو قوله برئت من دعواي  
 انه لغيره وما نأناه... قوله في قوله أبرأند انما أبرأته من خصمته لا من الدعوى انما يخشى في  
 قوله أبرأتك عن هذا الدار رضى قوله أبرأتك خصوصاً لان البراءة من الخصومة هو البراءة من الدعوى  
 وقد صرح بأمره أبرأتك عن خصومتى في هذه الدار باطل أيضاً بخلاف ما قالوا في عبد الله في يد رجل فان  
 المذ كرر فقلت في جانب البراءة انما هو قول لا تخبر أبرأتك منه لا غير تنصر  
 الفصل (٢٢) لم يفرغ من هذه الصلح شرائعه وأنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز  
 (قوله والصلح جائز عن دعوى الاموال) لفظ القدر في مختصره قال المصنف في تعليقه (لانه  
 في معنى البيع على ما مر) أقول هي اشئ وهو أن قول القدر والصلح جائز عن دعوى الاموال

ذلك لو صول كل حقه اليه  
 باعتبار ماله عننا أو منفعة  
 قال المصنف (والوجه في) أي  
 الجلب في تصحيح الصلح اذا  
 كان على قطعة منها (أحد  
 أمرين ان يزيد درهما في  
 بدل الصلح لانه عوض عن  
 حقه فيما بقي أو يلحق به ذك  
 البراءة عن دعوى الباقي) مثل  
 أن يقول برئت من دعوى  
 في هذه الدار فانه يصح لصادقة  
 البراءة الدعوى وهو صحيح  
 حتى لو ادعى بعد ذلك وجاء  
 بينته لم تقبل وفي ذ كر لفظ  
 البراءة دون البراءة إشارة الى  
 أنه لو قال أبرأتك عن دعواي  
 أو خصومتى في هذه الدار كان  
 باطلاً لاوله أن يخصامه فيها  
 بعد ذلك والفرق بينهما أن  
 أبرأئك انما يكون ابراء من  
 الخصم ان لا من الدعوى  
 وقوله برئت براءة من الدعوى  
 كذا قالوا ونفسه صاحب  
 النهاية عن الذخيرة ونفس  
 بعض الشارحين عن الوقعات  
 في تعليل هذه المسئلة لان  
 قوله أبرأتك عن خصومتى

في هذه الدار خطاب للواحد لانه ان يخاصم غيره في ذلك خلاف قوله برئت لانه أضاف البراءة الى نفسه طلقاً فيكون  
 هو بريئاً ويعلم من هذا المبدأ أن صاحب الذخيرة وله أن يخاصم فيها بذلك معناه على غير الخطاب وهو ظاهر والله أعلم  
 الفصل (٢٣) لما فرغ من ذكر فئات الصلح وشرائطه ومن ذ كر أنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز  
 عن دعوى الاموال) الاصل في هذا الفصل الصلح بين رجلين في مال بينهما وبين الله أو بين رجلين في مال بينهما وبين الله أو بين رجلين في مال بينهما وبين الله  
 الا ان كان فاداً كان عن الله ان كان في مال بينهما وبين الله

في هذه الدار خطاب للواحد لانه ان يخاصم غيره في ذلك خلاف قوله برئت لانه أضاف البراءة الى نفسه طلقاً فيكون  
 هو بريئاً ويعلم من هذا المبدأ أن صاحب الذخيرة وله أن يخاصم فيها بذلك معناه على غير الخطاب وهو ظاهر والله أعلم  
 الفصل (٢٣) لما فرغ من ذكر فئات الصلح وشرائطه ومن ذ كر أنواعه شرع في بيان ما يجوز عنه الصلح وما لا يجوز  
 عن دعوى الاموال) الاصل في هذا الفصل الصلح بين رجلين في مال بينهما وبين الله أو بين رجلين في مال بينهما وبين الله أو بين رجلين في مال بينهما وبين الله  
 الا ان كان فاداً كان عن الله ان كان في مال بينهما وبين الله

(قوله ونقل بعض الشارحين بن اوراقات) اقول لسفل هو الان في عن لواقعات الحامية  
 الفصل (٢٤) والصلح جائز قال المصنف (والصلح جائز عن دعوى الاموال لانه في معنى البيع) اقول يعني اذا لم يكن بالمنازع والافدوع معنى الاجارة



وإذا كان من المنافع بحال ١٢ إذا وصي بسلعة في داره ومات فلا يفي الموصي به السبعة فصالح الورثة عن شيء فان لم يمتني الاجارة لان  
المنافع تملك بعقد الاجارة فكذا بالاصلح

قال المصنف (قال والمنافع لأنهم امتلك بعقد لاجرة فكذا بالصلح) أقول قال العلامة الاتقاني قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسييجاني في شرح الكافي واذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبده سنة وعشر يخرج من ثلثه فصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكني بيت أو على خدمة عبداً أو على ركن بدابة أو على لبس ثوب شهر افهو جائز والنباس أن لا يجور لرب الموصي له منزلة المستعير والمستعير لا يقدر على غلبك المنفعة من أحديده. وهذا الواو ومنه لا صم (١٩٩) الا انه قول بأن هذا ليس بتعليك اياهم

قال (والمنافع لانها عملا بعدد الاجارة فكذا بااصلح

[illegible]

الوارث على شيء جاز لا نه حازا أخذ العود من عندها - لاجارة هكذا - الصلح منه - و - حمير - ابن ماقس من لاسيحيي والكافي من المخالفة  
واعمل في جواز الاجارة وابتين فليست على شيء علم ان - هو ما - كرد لانته في من قوله الا ان - بن هذا الدرس - تليث اياهم ببدل بل هو اسقاط  
حقه الخ مخالف لما ذكر في الهداية كما لا يخفى و - بدسوط الامايشه - لائمة السمر - ولوا - الواث اشترى منه الخدمة ببعض  
ما ذكرنا لم يضر لان الشراء اعطى خاص وضع التملك مال ببال وامور - بالخدمة - لا يملك عيالك الخدمة - بعوض من غير الوارث بطريق  
البيع ولا جارة فكذلك لا يملك تملكه من الوارث - بن - الاف لفظ الصلح الا ترى - المدعى عليه بعد لاسكار لاصالح المدعى على شيء لم يصربه  
مقرا حتى اذا استحق عاداني أسس الدعوى وراشتم - بن - اعر - شرارة يا لك حتى - استحقوا البذل - جميع بالمدعى انتهت

وإذا صلح عن جنابة العمد والخطا صلح أما الأول فلقوله تعالى فمن عني له من أخيه شيء ووجه الاستدلال على أحد معنييه هو قول ابن عباس رضي الله عنهما والحسن والضحاك فمن أعطى له في سهولة من أخيه المقتول شيئاً من المال بطريق الصلح فاتباع أي فالولي القتل اتباع المصالح يبدل الصلح بالمعروف أي على مجاملة وحسن معاملة وإدائه أي وعلى المصالح إدائه ذلك إلى ولي القتل بإحسان في الإدعاء وهذا ظاهر في الدلالة على جواز صلح عن جنابة القتل الحمد وأما المعنى الآخر وهو مروي عن ابن عمر وابن عباس رضي الله عنهما فمن عني عنه وهو القاتل من أخيه في الدين وهو المقتول شيء من القصاص بأن كان القتل أولياء فعني بعضهم فقد صار نصيب الباقيين مالا وهو الدية على قدر حصصهم من الميراث فاتباع بالمعروف أي فليتبع الذين لم يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف أي بقدر حقوقهم من غير زيادة عليه وإدائه إليه بإحسان أي وليود القاتل إلى غير العافي حقه وأقاربنا قص فليس فيه دليل على المطلوب فظاهراً فلهذا قال ابن عباس أنها نزلت في الصلح ( قوله وهو بمنزلة النكاح ) إشارة إلى أقرب عقد يحمل عليه الصلح عن دم العمد فإنه في معنى النكاح من حيث أن كل واحد منهما مبادلة المال بغير المال ومن حيث أن كل واحد منهما لا يتحمل الفسخ بالسراية

وإذا كان في معنى ما صلح أن يكون مسمى في النكاح صلح ههنا فلو صلحه على سكنى دار أو خدمة عبدة سنة جاز لأن المنفعة المعلومة صلحت صداقاً فكذا بدلا في الصلح وإن صلح على ذلك أبدام يجوز لأنه لم يصلح صداقاً لجهالة فكذا بدلا ولا ينوهم لزوم العكس فإنه غير لازم ولا هو ملتزم ألا ترى أن الصلح عن القتل العمد على أقل من عشرة صحيح وإن لم يصلح صداقاً وأنه إذا صلح على أن يعنوه من عليه عن قصاص له على آخر جاز وإن لم يصلح العفو عن القصاص صداقاً لأن كون الصداق مالا منصوص عليه بقوله تعالى أن تنقوا بأموالكم وبدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكون يكون العوض

والأصل فيه أن الصلح يجب جله على أقرب العقود إليه وأشبهها به احتيالاً لتصح تصرف العاقداً أمكن قال ( ويصح عن جنابة العمد والخطا ) أما الأول فلقوله تعالى فمن عني له من أخيه شيء فاتباع الآية قال ابن عباس رضي الله عنهما أنها نزلت في الصلح عن دم العمد وهو بمنزلة النكاح حتى إن ما صلح مسمى فيه صلح ههنا ذكراً واحداً منها مبادلة المال بغير المال إلا أن عند فساد التسمية هنا يصار إلى الدية لأنها موجب الدم

من المخالفة ولعل في جواز الإجارة روايتين فليتاأمل انتهى ( أقول ) المخالفة بينهما في الفهم لا في المفهوم لأن مراد صاحب الكافي هو أنه جاز أخذ العوض عن جنس المنافع بالإجارة كما إذا أجر ملكه فكذا جاز أخذ العوض بالصلح كما إذا صلح عن المدفوعة الموصى بها كسكنى دار سنة مثلاً وليس مراده أنه كما جاز أخذ العوض عن منفعة معينة هي سكنى دار مثلاً وصية من رب الدار بالإجارة كذلك جاز أخذ العوض عن تلك المنفعة بالصلح عنها حتى تلزم المخالفة ثم أقول بغير ههنا كلام وهو أن ما ذكره الإمام الأسيحا في شرح الكافي من أنه إذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبدة سنة وهو يخرج من ثلثه وصالحه الوارث من خدمته على دراهم أو على سكنى بيت أو على خدمة عبداً آخر أو على ركوب دابة أو على لبس ثوب شهراً فهو جاز وما ذكره صاحب النهاية نقلاً عن المغني من أنه إذا أوصى الرجل لرجل بخدمة عبدة سنة وهو يخرج من ثلث ماله وصالحه الوارث من الخدمة على دراهم جاز وكذلك لو صلح على خدمة عبداً آخر يجوز أيضاً وكذلك لو صلح على ركوب دابة شهراً وليس ثوب شهراً فهو جاز انتهى بخالف لما ذكر في كثير من الكتب المتبعة فإن مدلوله ما جاز الصلح عن المنفعة وإن اتحد جنس المنفعتين من حيث جوز فيهما مصادرة الوارث عن خدمة عبداً على خدمة عبداً آخر والمصرح به في كثير من المتبررات عدم جواز الصلح عند اتحاد جنس المنفعة قال في البدائع فإن كان المنفعتان من جنس مختلفين كما إذا صلح من سكنى دار على خدمة عبداً يجوز بالإجماع وإن كانتا من جنس واحد لا يجوز عندنا وموضع المسئلة كتاب الإجازات وإذا اعتبر الصلح على المنافع إجارة يصح بما يصح به

فيه متقوم ما والقصاص متقوم حتى صلح المال عوض عنه فيجوز أن يقع عوض عن قصاص آخر وقوله إلا أن عند فساد التسمية استثناء من قوله أن ما صلح مسمى فيه صلح ههنا يعني لكن أي لكن إذا فسدت التسمية بجهالة فاحشة أو بتسمية ما ليس بمال متقوم ففرق بينهما فإن كان الأول كما إذا صلح على دابة أو ثوب غير معين يصار إلى الدية لأن الولي ماضى بسقوط حقه فيصار إلى بدل ما سلم له من النفس وهو الدية في مال القاتل لأن بدل الصلح لا يتحمله العاقلة أو جوبه بعقده

( قوله فمن أعطى له الخ ) أقول من حيث كناية عن الولي ( قوله فمن عني عنه ) أقول فيكون له بمعنى عنه ( قوله ولا ينوهم إلى قوله وإن لم يصلح صداقاً ) أقول لكن قال في المحيط إذا صلح على وصف عن دم العمد فهو جاز والأصل في جنس هذه المسائل أن ما صلح مسمى في النكاح صلح بدلا في الصلح عن دم العمد وما لا فلا والوصف يصلح مسمى في النكاح وينصرف مطلقه إلى الوسط فكذا يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ومطلقه تصرف إلى الوسط انتهى والمقصود قوله وما لا فلا فليتاأمل فإن فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار إلى الدية

وان كان الشاني كمالا صالحا على خرفانه لا يجب عليه شيء لان المال لم يسم مالا متقوما باصدار كره والسكوت عنه سين ولو سكت لبقى العفو مطلقا وفيه لا يجب شيء فكذا في ذكر النحر (وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين) أي في فصل تسمية المال المجهول وفصل النحر (لانه الموجب الاصل) في النكاح (ويجب مع السكوت عنه حكما) قال الله تعالى قد علمنا ما فرضنا عليهم في أزواجهم وموضع أصول النكاح وتحقيقه ان المهر من ضرر ورات عقد النكاح فانه ما شرع الا بالمال فاذا لم يكن المسمى صالحا لصار كالمهر او لم يسم مهر او لم يسم مهر واجب مهر المثل فكذا ههنا وأما الصلح فليس من ضرر وراته وجوب المال فانه لو عاقب لا تسمية شيء لم يجب شيء وفيه نظر لان العفو لا يسمى صلحا والجواب أن الصلح على ما لا يصلح بدلا عفومنه له الحق قصم ان وجوبه ليس (٣٣) من ضرر وراته (ويدخل في اطلاق

ولو صالح على خرف لا يجب شيء لانه لا يجب بطلاق العفو وفي النكاح يجب مهر المثل في الفصلين لانه الموجب الاصل. ويجب مع السكوت عنه حكما ويدخل في اطلاق جواب الكتاب الجنابة في النفس وما دونها وهذا بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال حيث لا يصح لانه حق التملك ولا حق في المحل قبل التملك أما القصاص فلكل المحل في حق الفعل فيصح الاعتياض عنه واذا لم يصح الصلح تبطل الشفعة لانها تبطل بالاعراض والسكوت والكفالة بالنفس بمنزلة حق الشفعة حتى لا يجب المال بالصلح عنه غير أن في بطلان الكفالة وايتين على ما عرف في موضعه

الاجارات ويفسد بما يفسد به انتهى وقال في التبيين انما يجوز عن المنافع على المنفعة اذا كانت مختلفة الجنس وان كانت متفقتين بأن يصلح عن السكنى على السكنى أو عن الزراعة على الزراعة فلا يجوز لانه لا يجوز استتجار المنفعة بنفسها فكذا الصلح وعند اختلاف الجنس يجوز استتجارها بالمنفعة فكذا الصلح انتهى الى غير ذلك من المعبرات فتدبر (قوله والاصل فيه أن الصلح يجب حله على أقرب العقود اليه وأشبهها به احتمالا لتصح تصرف العاقل ما أمكن) أقول لعله أن يقول قد يقع الصلح على مجرد ترك الدعوى من الجانبين ويجوز كما سر جوابه فامكان حل مثله على شيء من العقود غير ظاهر سيما اذا وقع على ترك دعوى جنابة العمد من الجانبين فتأمل (قوله وهو بمنزلة النكاح حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا ذكرا واحدا منهم مبادلة المال بغير المال) قال الشراح في شرح قوله ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا ولا ينعكس هذا أي لا يقال كل ما يصلح بدلا في الصلح يصلح مسمى في النكاح فان هذا العكس غير لازم ولا ملزم لان الصلح على دم العمد على أقل من عشرة دراهم صحيح وان لم يصلح ما دون العشرة صدقا ولانه لو صالح من عليه القصاص على أن يعفو عن قصاص له على آخر جاز وان لم يصلح العفو عن القصاص صدقا لان كون الصداق مالا منصوصا عليه بقوله تعالى أن تبغوا بأموالكم بدل الصلح في القصاص ليس كذلك فيكون فيكون العوض فيه متقوما والقصاص متقوم حتى صلح المال عوضا عنه ويجوز أن يقع عوضا عن قصاص آخر انتهى كلامهم (أقول) هنا اشكال وهو أنه اذا صلح أن يكون بدل الصلح في جنابة العمد ما ليس بمال كالعفو عن القصاص لزم أن لا يصح قول المصنف اذ كل واحد منهم مبادلة المال بغير المال لان الصلح عن جنابة العمد في صورة ان صالح من عليه القصاص على العفو عن قصاص له على آخر ليس بمبادلة المال بغير المال بل هو هناك مبادلة غير المال بغير المال كما لا يخفى وقال الشراح تقريرا على قول المصنف حتى ان ما صلح مسمى فيه صلح ههنا ولو صالح عن دم العمد على سكنى دار أو خدمة عبدة سنة جاز لان المنفعة المعلومة صلحت صدقا

جواب الكتاب) وهو قوله ويصح عن جنابة العمد (الجنابة في النفس وما دونها وهذا) أي الصلح عن جنابة العمد بخلاف الصلح عن حق الشفعة على مال فانه لا يصح لان حق الشفعة حق أن يملك بذلك ليس بحق في المحل قبل التملك) فأخذ البذل أخذ مال في مقابلة ما ليس بشيء ثابت في المحل وذلك رشوة حرام أما القصاص فان ملك المحل فيه ثابت من حيث فعل القصاص فكان أخذ العوض عما هو ثابت له في المحل فكان صحيحا (واذا لم يصح الصلح بطل حق الشفعة لانه تبطل بالاعراض والسكوت) وقيد بقوله حق الشفعة على مال احترازا عن الصلح على أخذ بيت بعينه من الدار بثمن معين فان الصلح مع الشفيع فيه جائز وعن الصلح على بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن فانه لا يصح لان حصته مجهولة

(٥ - نكمله سابع) لكن لا يبطل الشفعة لانه لم يوجد منه الاعراض عن الاخذ بالشفعة بهذا الصلح (والكفالة بالنفس

بمنزلة حق الشفعة) يعني اذا كفل عن نفسه رجل جازا المكفول وصالح الكفيل على شيء من المال على أن يأخذه المكفول له ويخرج الكفيل عن الكفالة لا يصح الصلح (ولا يجب المال غير أن في بطلان الكفالة روايتين) في رواية كتاب الشفعة والحوالة والكفالة تبطل وهو رواية أبي حفص وبه يقتضى لان السقوط لا يتوقف على العوض واذا سقطت لا تعود وفي الصلح من رواية أبي سليمان لا تبطل لان الكفالة بالنفس وقد تكون موصلة الى المال فأخذت حكمه من هذا الوجه فاذا رضى أن يسقط حقه بعوض لم يسقط مجانا

(قوله والجواب ان الصلح على ما لا يصلح بدلا عفومنه له الحق) أقول نفسه نوع مصادرة



(وأما الثاني وهو جنابة الخطأ فلا من موجبها المال فيصير بمنزلة البيع) ثم الصلح فيه إما أن يكون على أحد مقادير الدية أو لا والاول ما أن يكون منفردا أو منضفا إلى الصلح عن العمد فان كان منفردا وهو المذكور في الكتاب لا يصح بالزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا والمقدر الشرعي لا يبطل تقدير الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية اذ ليس فيه تقدير شرعي فكانت الزيادة ابطالة بل القصاص ليس بمال (٣٤) فكان الواجب أن لا يقابله مال ولكنه أشبه النكاح في تقومه بالعقد فجاز بأي مقدار .

وأما الثاني وهو جنابة الخطأ فلا من موجبها المال فيصير بمنزلة البيع الا أنه لا تصح الزيادة على قدر الدية لانه مقدر شرعا فلا يجوز ابطاله تقدير الزيادة بخلاف الصلح عن القصاص حيث تجوز الزيادة على قدر الدية لان القصاص ليس بمال وانما يتقوم بالعقد وهذا اذا صلح على أحد مقادير الدية أما اذا صلح على غير ذلك جاز لانه مبادلة ثم الا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقا عن دين بدين ولو قضى القاضي بأحد مقاديرها فاصالح على جنس آخر منها بالزيادة جاز لانه تعين الحق بالقضاء فكان مبادلة بخلاف الصلح ابتداء لان تراضيهم ماعلى بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين فلا تجوز الزيادة على ما تعين قال ( ولا يجوز زعن دعوى حدد ) لانه حق الله تعالى لاحقه ولا يجوز الاعتياض عن حق غيره ولهذا لا يجوز الاعتياض اذا ادعت المرأة نسب ولدها لانه حق الولد لاحقها وكذا لا يجوز الصلح عما أسرع الى طريق العامة لانه حق العامة فلا يجوز أن يصالح واحد على الانفراد عنه ويدخل في ذلك ابدل في الصلح ولو صلحه على ذلك أبدا أو على ما في بطن أمته أو على غلة نخله سنين معاومة لم يجز لانه لم يصلح صداقا فكذا بدلا في الصلح انتمى ( أقول ) فيه بحث لان تعليلهم عدم جواز الصلح عن دم العمد على اشياء المذكورة بقولهم لانه لم يصلح صداقا فكذا بدلا في الصلح ينافي قولهم بأن العكس ههنا غير لازم ولا ملتزم فان صحة التعليل بما ذكرنا ويتبين على لزوم العكس والتزامه فالصواب تعليل عدم جواز الصلح في تلك الصور بجهالة المصالح عليه من غير تعرض لثبوت الصلح صدافا فان جهالته تفسد الصلح فيما احتيج فيه الى التسليم والتسليم كما تقره فمما مر وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية ولا يتوهم لزوم العكس فانه غير لازم ولا هو ملتزم لكن قال في المحيط اذا صلحه على وصف عن دم العمد فهو جائز والاصل في جنس شرع المسائل ان ما صلح مهورا في النكاح صلح بدلا في الصلح عن دم العمد وما لا فلا والوصف يصلح مهورا في النكاح ويصرف مطلقه الى الوسط فكذا يصلح بدلا في الصلح عن دم العمد ومطلقه ينصرف الى الوسط انتمى والمقصود قوله وما لا فلا فلما لم قال فيه مخالفة أخرى لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية الى هنا كلام ذلك البعض ( أقول ) لا مخالفة فيه لقوله عند فساد التسمية يصار الى الدية اذ لا فساد في التسمية فيما قاله صاحب المحيط لان فساد التسمية بجهالة فاحشة وليس في الوصف جهالة فاحشة سيما اذا انصرف مطلقه الى الوسط كما صرح به ولهذا يصلح مهورا في النكاح وهذا امر لا ستره به ( قوله وأما الثاني وهو جنابة الخطأ فلا من موجبها المال فيصير بمنزلة البيع ) أقول فيه شيء وهو أنهم صرحوا بأن الصلح اذا كان على جنس ما استحققه المدعى على المدعى عليه لم يعمل على المعاوضة وانما يعمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه وسبأ في ذلك في الكتاب أيضا في باب الصلح في الدين ولا يخفى أن الصلح عن جنابة الخطأ اذا كان على أحد مقادير الدية مطلقا قبل ان يقضى القاضي بأحد منها بعينه أو كان على جنس ما قضى القاضي به بعد ان قضى بأحد مقاديرها بعينه كان

تراضيها عليه كالتمسية في النكاح وان كان منضفا الى العمد كان كما اذا قتل عمدا وآخر خطأ ثم صلح أولياءهما على أكثر من دينين فالصلح جائز ولما صاحب الخطأ الدية وما بقي فلصاحب العمد لكن عليه لرجل مائة دينار ولا آخر ألف درهم فصالحهما على ثلاثة آلاف درهم فلصاحب الألف والباقى لصاحب الدنانير والثاني كما اذا صلح على مكبل أو موزون حازت الزيادة على قدر الدية لانه مبادلة الا أنه يشترط القبض في المجلس كي لا يكون افتراقا عن دين الدية بدين بدل الصلح ( ولو قضى القاضي بأحد مقادير الدية مثل ان قضى بمائة من الابل ثم صلح أولياء القتل على أكثر من مائتي بقرة جاز لا لالحق قد تعين بالقضاء في الابل ) وخرج غيره من أن يكون واجبا بعد ذلك الفعل ( فكان ما يعطى عوضا عن الواجب ) فكان صحيحا ( بخلاف الصلح ) بالزيادة عليه ( ابتداء ) لان تراضيهم ماعلى

بعض المقادير بمنزلة القضاء في حق التعيين) ولو قضى القاضي بأحد المقادير زيادة على مقدار الدية لم يجز فكذا هذا قال ( ولا يجوز زعن دعوى حدد ) الاصل في هذا ان الاعتياض عن حق الغير لا يجوز فاذا أخذ رجل زانيا أو سارقا أو شارب خمر وأراد أن ( قوله بل القصاص ليس بمال ) أقول وبهذا يظهر وجه بطلان الصلح عن الكفالة ( قوله والثاني كما اذا صلح على مكبل الخ ) أقول هو معطوف على ما سبق بمثابة أسطر تخمينية وهو قوله والاول اما الخ قال المصنف ( وكذا لا يجوز الصلح عما أسرع الى طريق العامة ) أقول قال العلامة النسفي في الكافي بخلاف ما لو كان الى طريق غير نافذ فصالحه رجل من أهل الطريق فالصلح جائز لان الطريق يملوكة لاهلها انتهى قال المصنف ( لانه حق العامة ) أقول وفي الكافي بدل قوله لانه حق العامة لان الحق في الشارع لجماعة المسلمين انتهى يفهم منه أن الشارع يطلق على طريق العامة مطلقا حيث قبول بغير النافذة

كم يرفع به الى الحالف فصله المأخوذ على مال يترك ذلك فالصالح باطل وله أن يرجع عليه بما دفع اليه من المال لان الحد حق الله تعالى والاعتياض عن حق الغير لا يجوز وهو الصلح على تحريم الحلال أو تحليل الحرام واذا ادعت امرأة على رجل صبيها هو يدها انه ابنه منها وجحد الرجل ولم تدع المرأة النكاح وقالت انه طلقها وبانت منه وصدقها في الطلاق فصالح من التسب على مائة درهم فالصلح باطل لان التسب حق الصبي فلا يجوز الاعتياض عنه (واذا أشرع رجل الى طريق العامة فصالح واحد من العامة على مال لا يجوز لانه حق العامة فلا يجوز انفراد واحد منهم بذلك) وقيد بقوله الى طريق العامة لان الظلة اذا كانت على طريق غير نافذة فصالحه رجل من أهل الطريق جاز الصلح لان الطريق مملوكة لاهلها فيظهر في حق الافراد والصلح معه مفيد لا يسقط حقه ويتوصل به الى تحصيل رضا الباقين وقيد بقوله واحد على الانفراد لان صاحب الظلة لو صالح الامام على دراهم (٣٥) لترك الظلة جازا اذا كان في ذلك صلاح للسلمين ويضعها

في بيت المال لان الاعتياض للامام عن الشركة العامة جائز ولهذا لو باع شيئا من بيت المال صح (وحده القذف داخل في جواب الحدود لان المقلب فيه حق الشرع) وله هذا لا يجوز زعموه ولا

اطلاق الجواب حد القذف لان المقلب فيه حق الشرع قال (واذا ادعى رجل على امرأة نكاحا وهي تجحد فصلته على مال بذلته حتى يترك الدعوى جاز وكان في معنى الخلع) لانه أمكن تعديبه خلعا في جانبه بناء على زعمه وفي جانبه لا للمال لدفع الخصومة قالوا ولا يحل له أن يأخذ فيما بينه وبين الله تعالى اذا كان مبطلا في دعواه قال (واذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها جاز) قال رضي الله عنه هكذا ذكر في بعض نسخ المختصر وفي بعضها قال لم يجوز وجه الاول أن يجعل زيادة في مهرها وجه الثاني انه بذل لها المال لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة وان لم يجعل فالخال على ما كان عليه قبل الدعوى فلا شيء يقابله العوض فلم يصح

من ذلك القبول فلم يتم اطلاق قوله فيصير بمنزلة البيع فتأمل (قوله وجه الاول أن يجعل زيادة في مهرها) أي ان يجعل كأنه زاد في مهرها ثم خالعه على أصل المهر دون الزيادة فحفظ الأصل دون الزيادة كذا في الكافي وكثير من الشروح قال صاحب غاية البيان وفيه نظر عندي لانه ضعيف جدا لان الكلام في دعواها النكاح وصلح الرجل عنه على مال والصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال فكيف يكون ذلك زيادة في المهر اه (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل فان كون الصلح عن النكاح على مال عبارة عن ترك النكاح بمال لا ينافي كون ذلك زيادة في المهر بل يقتضيه لان ترك النكاح بفرقة مما لا يتصور شرعا فلا بد أن يجعل ترك النكاح بمال فرقة يبدل وهي الخلع ولما جعل خلعا سقط أصل المهر فلا بد أن يجعل ما بذله لها زيادة في المهر وهذا وجه لا غبار عليه (قوله فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فالزوج لا يعطى العوض في الفرقة) اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة وانما المرأة هي التي تسلم لها نفسها وتخلص عن الزوج كذا في الكافي وكثير من الشروح (أقول) لما منع أن يمنع قولهم اذ لا يسلم له شيء من هذه الفرقة فانه يسلم منها أصل المهر اذ لو لا هذه الفرقة لازمه مهرها عند انبائها النكاح فجاز أن يعطى الزوج العوض ليسلم له المهر في ضمنها تلك الفرقة التي هي في معنى الخلع فان قلت يجوز

ما جرى كان خلعا في زعمه ولا فائدة في اقامتها بعده وان كان مبطلا في دعواه لم يحل له ما أخذه بينه وبين الله تعالى وهذا عام في جميع أنواع الصلح الا أن يسلمه بطيب عن نفسه فيكون عليه كمال على طريق الهبة وفي عكس هذه المسئلة وهي ما اذا ادعت امرأة على رجل نكاحا فصالحها على مال بذله لها اختلف نسخ المختصر في ذلك فوقع في بعضها جاز وفي بعضها لم يجوز وجه الاول أن يجعل كأن الزوج باعها بدل الصلح زاد على مهرها ثم طلقها ووجه الثاني أنه بذل لها لتترك الدعوى فان جعل ترك الدعوى منها فرقة فلا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وان لم يجعل فرقة فالخال على ما كان عليه قبل الدعوى لان الفرقة لما تو جد كانت دعواها على حالها لبقا للنكاح في زعمها فلم يكن ثمة شيء يقابله العوض فكان رشوة

(قوله فصالحه رجل من أهل الطريق الخ) أقول يعني من أهل طريق غير نافذة (قوله والوطء الحرام في جانبها) أقول فيسه بحث فانه لا يكون حراما اذا كان بالقضاء وجوابه ان المرأة يجوز ان تعتقد ذلك على رأى من قال لا ينفذ القضاء باطنا (قوله فكان رشوة) أقول أي رشوة محضة

(وان ادعى على رجل) مجهول الحال (انه عبده فصالحه على مال اعطاه اياه فأقرب العقود اليه شبه العتق على مال فيجعل بمنزلة لا مكان  
تصحيحه على هذا الوجه في زعمه ولهذا يصح على حيوان الى أجل في الذمة) ولا يصح ذلك الا بمقابلته بالسبب كالتسكاح والديات ولهذا  
لا يصح السلم في الحيوان (و) محمل (في حق المدعى عليه لدفع الخصومة لانه يزعم أنه حر الاصل فجازا لانه لا يثبت الولاية لانكار العبد الا  
أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء) لانه صالحه به كونه عبداً له فكان صلحه بمنزلة الاعتاق على مال وفيه الولاء واذا قتل العبد المأذون  
له رجلاً عمداً فصالح عن نفسه لم يجز (سواء كان عليه دين أو لا) (وان قتل عبداً له) أي للعبد المأذون له (رجلاً عمداً فصالح عنه جاز) سواء  
كان عليه دين أو لا (والفرق أن رقبته ليست حاملة من تجارته ولهذا لا يملك التصرف فيه بغيره وان جازاً جازاً فلا يجوز أن يستخلص  
ورقبته بغيره بغيره كالاجنبي في حق نفسه لان نفسه مال المولى والاجنبي اذا صالح عن مال مولاه  
يدون اذنه لا يجوز مذكها هنا (أما عبده فمن تجارته وكسبه وتصرفه فيه نافذ بغيره فكذا استخلاصه) تحقيق (هذا ان المستحق  
كالزائل عن ملكه) فصار كأنه مملوك للمولى ولهذا كان له أن يتلفه (وهذا) أي الصلح (كأنه شراؤه وهو يملك ذلك) بخلاف نفسه فإنه اذا  
زال عن ملك المولى لا يملك شراؤه فكذا لا يملك الصلح وطولب بالفرق بينه وبين المكاتب فإنه لو قتل عمداً فصالح عن نفسه جاز  
وأوجب بأن المكاتب حريداً واكتسابه له بخلاف المأذون فإنه عبداً من كل وجه وكسبه لمولاه ثم صلح العبد المأذون له وان لم يصح لكن  
ليس للمولى القتل بل ان يقتله بعد (٣٦)

البدل في حق المولى فتأخر  
الى ما بعد العتق لان صلحه  
عن نفسه صحيح لكونه مكاتباً  
وان لم يصح في حق المولى  
فصار كأنه صالحه على بدل  
موجب يؤاخذ به بعد العتق  
ولو فصل ذلك جاز الصلح ولم  
يكن له أن يقتل ولان  
يتبعه بشئ ما لم يعتق فكذا  
هذا قال (ومن غصب  
ثوباً وبدا الخ) فهو وقوم من  
هل الكتاب ينسب اليهم التوب  
يقال توب يهودى وانما خصه  
بالذكر إشارة الى كونه معلوم  
القيمة وكل قيمي معلوم القيمة

قال (وان ادعى على رجل انه عبده فصالحه على مال اعطاه جاز وكان في حق المدعى بمنزلة الاعتاق  
على مال) لانه أمكن تصحيحه على هذا الوجه في حقه لزعمه ولهذا يصح على حيوان في الذمة  
الى أجل وفي حق المدعى عليه يكون لدفع الخصومة لانه يزعم أنه حر الاصل فجازا لانه لا يثبت الولاية لانكار  
العبد الا أن يقيم البينة فتقبل ويثبت الولاء قال (واذا قتل العبد المأذون له رجلاً عمداً لم يجز له أن يصالح  
عن نفسه وان قتل عبداً له رجلاً عمداً فصالحه جاز) ووجه الفرق أن رقبته ليست من تجارته ولهذا  
لا يملك التصرف فيه بغيره فكذا استخلاصه بغيره كالاجنبي أما عبده فمن تجارته وتصرفه فيه  
نافذ بغيره فكذا استخلاصه وهذا لان المستحق كالزائل عن ملكه وهذا شراؤه فيملكه قال (ومن  
غصب ثوباً وبدا قيمته دون المائة فاستلمه فصالحه منه ما على مائة درهم جاز عند أبي حنيفة وقال أبو  
يوسف ومحمد يبطل الفضل على قيمته بما لا يتغابن الناس فيه) لان الواجب هي القيمة وهي مقدرة فالزيادة  
عليها تكون رباحاً بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف  
ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل تحت تقويم المقومين فلا تظهر الزيادة

أن يكون مراد المصنف فالزوج لا يعطى العوض بناء على وقوع هذه الفرقة من جانب المرأة كما  
يشعر به تقرير تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث قال يعني أن هذا الصلح ان جعل فرقة فلا عوض  
في الفرقة من جانبها على الزوج كالمرأة اذا مكنت ابن زوجها لا يجب عليه شئ انتهى ويشير اليه قول

حكمه كذلك فعلى هذا من غصب قيميا معلوم القيمة فاستلمه فصالح من القيمة على أكثر منها من النقود جاز عند  
أبي حنيفة وقال يبطل الفضل عن قيمته بما لا يتغابن فيه الناس وقيد بان غصب لانه المحتاج الى الصلح غالباً وقيد بالقيمي احترازاً عن المثلي  
فان الصلح عن كخطة على دراهم أو دنانير جائز بالاجماع سواء كانت أكثر من قيمته أو لا ولكن القبض شرط وان كانتا  
باعيانهما لا يلزم بيع الكائى بالكائى وقيد بقوله معلوم القيمة ليظهر الغبن الفاحش المانع من لزوم الزيادة عندهما وقيد بالاستهلاك  
لان المغصوب اذا كان قائماً جاز الصلح على أكثر من قيمته بالاجماع وقيد بقوله من النقود لانه لو صالح على طعام موصوف في النعمة  
حالا وقبضه قبل الافتراق جاز بالاجماع والاصل في هذا ان الدراهم تقع في مقابلة عين المغصوب حقيقة ان كان قائماً وتقدير ان لم يكن  
عند أبي حنيفة وعند ما يقابله قيمة المغصوب فقالوا ان الواجب هو القيمة وهي مقدرة بالدراهم والدنانير فالزيادة عليها بما لا يتغابن  
فيه الناس كان رباحاً بخلاف ما اذا صالح على عرض لان الزيادة لا تظهر عند اختلاف الجنس وبخلاف ما يتغابن الناس فيه لانه يدخل  
تحت تقويم المقومين فلا تظهر فيه الزيادة

(قوله ولهذا كان له الخ) أقول الضمير في قوله له راجع الى المولى قال المصنف (ولهذا لا يملك التصرف فيه) أقول قال في النهاية أي في رقبته  
بتأويل العضو أو الجزاء انتهى فيه بحث فان الرقبة هنا مجاز عن النفس (قوله وهذا أي الصلح كأنه شراؤه الخ) أقول فأشار السارح الى  
أن الكلام على التشبيه (قوله يؤاخذ به بعد العتق) أقول قوله يؤاخذ به صفة أخرى

ولاي حنيفة طريقان أحدهما أن المصوب بعد الهلاك باق على ملك المالك ما لم يتقرر حقه في ضمان القيمة حتى لو كان عبدا واختار ترك التضمين كان العبد هالكاً على ملكه حتى كان الكفن عليه ولو كان أبقافاً عاد من أبقافه كان عمالاً وإذا كان كذلك فالمال الذي وقع عليه الصلح يكون عوضاً عن ملكه في الثوب أو العبد ولا ريب بين العبد والدرهم كالأول كان العبد قائماً والثاني أن الواجب على الغاصب رد العين لقوله صلى الله عليه وسلم على الدماء أخذت حتى ترد فهو الأصل في الغصب وانما يجب القيمة عند تعذر رد العين لتقوم القيمة مقام العين وكان ذلك ضرورياً لا بصار إليه الا عند العجز فاذا صالح على شيء كان البدل عوضاً عن العين وهو خلاف الجنس فلا يظهر الفضل ليكون ربا وفي كلام المصنف تسامح لانه وضع المسئلة في القيمي وذكر في الدليل المثلي فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثلي حينئذ يصار اليها ويمكن (٣٧) أن يجاب عنه بأنه فصل ذلك

اشارة لأن المثلي اذا انقطع حكمه كالقيمي لا ينتقل فيه الى القيمة الا بالقضاء فقوله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضاً فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال (واذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل) وهذا بالاتفاق اما عندهما فالباين والفرق لاي حنيفة رجه الله ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها (وان صالحه على عروض جاز) لما بينا أنه لا يظهر الفضل والله اعلم بالصواب

ولاي حنيفة ان حقه في الهالك باق حتى لو كان عبدا وترك أخذ القيمة يكون الكفن عليه أو حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدو والمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء فقبله اذا تراضيا على الاكثر كان اعتياضاً فلا يكون ربا بخلاف الصلح بعد القضاء لان الحق قد انتقل الى القيمة قال (واذا كان العبد بين رجلين أعتقه أحدهما وهو موسر فصالحه الآخر على أكثر من نصف قيمته فالفضل باطل) وهذا بالاتفاق اما عندهما فالباين والفرق لاي حنيفة رجه الله ان القيمة في العتق منصوص عليها وتقدير الشرع لا يكون دون تقدير القاضي فلا يجوز الزيادة عليه بخلاف ما تقدم لانها غير منصوص عليها (وان صالحه على عروض جاز) لما بينا أنه لا يظهر الفضل والله اعلم بالصواب

صاحب العناية فان جعل ترك الدعوى منها فرقة ولا عوض على الزوج في الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها انتهى فذا حال هذا المعنى (قلت) يرد عليه أيضاً ان يقال وقوع الفرقة من جاب المرأة انما يمنع اعطاء الزوج العوض لو كانت هي مستقلة في مباشرة سبب الفرقة كما اذا مكنت ابن زوجها وأما اذا كانت مباشرة بسبب الفرقة برأى الزوج ورضاه كالمباين فحينئذ فيه اذا كان ترك كهادعوى النكاح فيه بطلب الزوج ورضاه حيث تصالحا عنه على مال بذله لها فلا نسلم أن وقوع الفرقة من جانب المرأة في مثل ذلك يمنع اعطاء الزوج العوض ألا يرى أنه لو قال رجل لامرأته طلقي نفسك أو قال لها اختاري ينوي بذلك الطلاق فلها أن تطلق نفسها مادامت في مجلسها ذلك فان طلقت نفسها في ذلك المجلس لزمه مهرها قطعاً فلم يكن وقوع الفرقة من جانبها هنالك مانعاً عن وجوب المهر على الزوج كما كان مانعاً عنه فيما اذا مكنت ابن زوجها فكذا هنالك لا يكون وقوعها من جانبها مانعاً عن لزوم اعطاء الزوج العوض فتدبر (قوله) أو حقه في مثله صورة ومعنى لان ضمان العدو والمثل وانما ينتقل الى القيمة بالقضاء الخ) قال صاحب العناية وفي كلام المصنف تسامح لانه وضع المسئلة في القيمي وذكر في الدليل المثلي فان وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات ولا يصار فيها الى القيمة الا اذا انقطع المثلي حينئذ يصار اليها انتهى كلامه (أقول) قد غلط في استخراج هذا المقام حمل كلام المصنف على التسامح ومنشأ ذلك أنه زعم أن مراد المصنف بالحق في قوله أو حقه في مثله صورة ومعنى هو حق الاخذ وهذا غير متصور في القيمات لان أخذ المثل فرع وجوده ووجود المثل صورة ومعنى انما يتصور في المثليات وليس مراد المصنف به ذلك قطعاً بل انما مراده به حق تعاقب الملك بجهة أن الواجب في ذمة

بأنه لو باع عين المصوب بعد الهلاك أو الاستهلاك من الغاصب لم يجز فلو كان بمنزلة القائم حكماً لجاز وأجيب بأن البيع يقتضي قيام مال حقيقة لكونه عليك مال متقوم بمال متقوم والهالك ليس بمال أو الصلح يمكن تصحيحه اسقاطاً وصحته لا تقتضي قيام مال متقوم حقيقة (قوله) واذا كان العبد بين رجلين الخ) ظاهر والمراد بالنص ما مر في العتاق من قوله صلى الله عليه وسلم ومن أعتق شقصاً من عبدينه وبين شريكه قوم عليه نصيب شريكه فيضمن ان كان موسراً أو يسي العبد

(قوله) وفي كلام المصنف تسامح الى قوله انما هو في المثليات) أقول وفي الكافي أو حقه في الأصل صورة ومعنى اذا الواجب ضمان العدو وانما هو مقيد بالمثل كما نطق به النص وإيجاب الحيوان والثوب في الذمة يمكن كافي النكاح والدية انتهى وبه يندفع ما ذكره الشارح فان قوله وجوب المثل صورة ومعنى انما هو في المثليات غير مسلم وعليك بالتأمل



### باب التبرع بالصلم والتوكيل به

(ومن وكل رجلاً بالصلم عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه إلا أن يضمه

### باب التبرع بالصلم والتوكيل به

لما كان تصرف المرفقة نفسه أصلاً قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلم لأن الإنسان في العمل لغيره متبرع قال (ومن وكل رجلاً بالصلم عنه الخ) ومن وكل رجلاً بالصلم عنه فصالح لم يلزم الوكيل ما صالح عنه أي عن وكل في رواية المصنف وروى غيره ما صالح عليه وهو المصالح عليه إلا أن يضمه

### باب التبرع بالصلم والتوكيل به

(قوله وهو المراد بالتبرع بالصلم) أقول فيه بحث قال المصنف (لم يلزم الوكيل ما صالح عنه) أقول أي عن وكل فانه أئد إلى اسم الموصول محذوف أي ما صالح عليه عن الموكل (قوله وروى غيره) أقول يعني الاقطع

الغاصب حقاً لئلا كمثل الهالك صورة ومعنى وهذا الحق يتصور في القييات أيضاً وإن لم يتصور حق الأخذ إلا في المثليات لأن وجوب القييات في الذمة ممكن كالحیوان والثوب في السكاح والدية وغيرهما على ما صرحوا به ومما يفصح عما قلناه ما ذكر في الذخيرة ونقل عنها في النهاية بأن قال والوجه لا في حنيفة رحمه الله أن هذا اعتياض عن الثوب والحیوان كما يجوز بالغام بلغ كالاغتياض عن الثوب القائم والحیوان القائم حقيقة وانما قلنا أن هذا اعتياض عن الثوب والحیوان حكماً لأن الواجب في ذمة الغاصب حقاً لئلا كمثل الحيوان والثوب من جنسه لأنه ضمان عدوان فيكون مقيداً بالمثل والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى ولهذا كان الواجب من جنسه في غير الثوب والحیوان نحو السكيات والموزونات وإيجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كافي السكاح والدية إلا أن عند الأخذ يصار إلى القيمة ضرورة أن أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن إلا بسابقة التقويم والاخذ والدافع لا يعرفان ذلك حقيقة. فلما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في الوجوب لأن الوجوب بإيجاب الله تعالى والله تعالى عالم بذلك فصح ما دعيان هذا اعتياض عن الثوب والحیوان فيجوز كيفما كان انتهى والعجب من صاحب العناية أنه بعد ما نظر إلى النهاية وسائر المعينات وأطلع على ما فيها كيف وقع في تلك الورطة ثم قال صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك إشارة إلى أن المثلي إذا انقطع حكمه كالقبي لا ينتقل فيه إلى القيمة إلا بالقضاء فقبل أن تراضيا على الأكثر كان اعتياضاً فلا يكون راجعاً بخلاف الصلم بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة انتهى (أقول) عذره أقبح من ذنبه لأن المصنف ههنا ليس بصدد بيان المسئلة حتى تفيد إشارته إلى اشتراك المسئلتين في الحكم شيئاً بل هو ههنا في مقام الاستدلال على قول أبي حنيفة في الصلم عن الثوب المستملك على أكثر من قيمته فإن لم يفد الدليل الذي ذكره المدعي بناء على كون المدعي في القبي وكو الدليل محضاً صالماً إلى كإرضائه لا يتم المطلوب فيجئ في الكلام لعدم إيفائه حق المقام ولا تجدى الإشارة إلى أمر أجني عن الصدق فاعلم كما لا يخفى

### باب التبرع بالصلم والتوكيل به

قال صاحب النهاية لما كان تصرف المرفقة نفسه أصلاً قدمه على التصرف لغيره وهو المراد بالتبرع بالصلم لئلا كمثل الهالك صورة ومعنى وهذا الحق يتصور في القييات أيضاً وإن لم يتصور حق الأخذ إلا في المثليات لأن وجوب القييات في الذمة ممكن كالحیوان والثوب في السكاح والدية وغيرهما على ما صرحوا به ومما يفصح عما قلناه ما ذكر في الذخيرة ونقل عنها في النهاية بأن قال والوجه لا في حنيفة رحمه الله أن هذا اعتياض عن الثوب والحیوان كما يجوز بالغام بلغ كالاغتياض عن الثوب القائم والحیوان القائم حقيقة وانما قلنا أن هذا اعتياض عن الثوب والحیوان حكماً لأن الواجب في ذمة الغاصب حقاً لئلا كمثل الحيوان والثوب من جنسه لأنه ضمان عدوان فيكون مقيداً بالمثل والمثل من كل وجه هو المثل صورة ومعنى ولهذا كان الواجب من جنسه في غير الثوب والحیوان نحو السكيات والموزونات وإيجاب الحيوان والثوب في الذمة ممكن كافي السكاح والدية إلا أن عند الأخذ يصار إلى القيمة ضرورة أن أخذ المثل صورة ومعنى غير ممكن إلا بسابقة التقويم والاخذ والدافع لا يعرفان ذلك حقيقة. فلما فيه من التفاوت الفاحش ولا ضرورة في الوجوب لأن الوجوب بإيجاب الله تعالى والله تعالى عالم بذلك فصح ما دعيان هذا اعتياض عن الثوب والحیوان فيجوز كيفما كان انتهى والعجب من صاحب العناية أنه بعد ما نظر إلى النهاية وسائر المعينات وأطلع على ما فيها كيف وقع في تلك الورطة ثم قال صاحب العناية ويمكن أن يجاب عنه بأنه فعل ذلك إشارة إلى أن المثلي إذا انقطع حكمه كالقبي لا ينتقل فيه إلى القيمة إلا بالقضاء فقبل أن تراضيا على الأكثر كان اعتياضاً فلا يكون راجعاً بخلاف الصلم بعد القضاء لأن الحق قد انتقل إلى القيمة انتهى (أقول) عذره أقبح من ذنبه لأن المصنف ههنا ليس بصدد بيان المسئلة حتى تفيد إشارته إلى اشتراك المسئلتين في الحكم شيئاً بل هو ههنا في مقام الاستدلال على قول أبي حنيفة في الصلم عن الثوب المستملك على أكثر من قيمته فإن لم يفد الدليل الذي ذكره المدعي بناء على كون المدعي في القبي وكو الدليل محضاً صالماً إلى كإرضائه لا يتم المطلوب فيجئ في الكلام لعدم إيفائه حق المقام ولا تجدى الإشارة إلى أمر أجني عن الصدق فاعلم كما لا يخفى



والمال لازم للوكل) وتأويل هذه المسئلة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لأنه استسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً فلا ضمان عليه كالأوكل بالتمسك الآن يضمه لأنه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح أما إذا كان الصلح عن مال بآل فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل

لطيف (قوله والمال لازم للوكل) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية في شرح الاقطع والمال لازم على الموكل انتهى وقال صاحب غايه البيان واللام في الوكل بمعنى على كما في قوله تعالى وإن أسأتم فلها أى فعلها واقفني أثره صاحب العناية حيث قال والمال لازم للوكل أى على الموكل كما في قوله تعالى وإن أسأتم فلها أى فعلها انتهى (أقول) لوجه حمل اللام في قوله والمال لازم للوكل على معنى على لأن للوكل متعلق بل لازم وكلمة اللزوم تعدي بنفسها وبالباء يقال لزمه ولزم به ولا تعدى بعلى فلو جعل اللام هنا بمعنى على لزم تعدية اللزوم بعلى ولم تسمع قط فالصحيح أن تبقى اللام في عبارة الكتاب على حالها ويكون الختامها لتقوية العمل فالمعنى والمال يلزم الموكل وأدخل اللام على معمول اسم الفاعل من الأفعال المتعدية بأنفسها لتقوية العمل شائع في كلام العرب بخلاف قوله تعالى وإن أسأتم فلها إلا أن اللام في فلها هناك متعلق بمقدر كما لا يخفى فيجوز أن يقدر ما يصلح أن تكون كلمة على صلة فلا ضير في أن يحمل اللام هناك على معنى على تأمل تقف (قوله وتأويل هذه المسئلة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين الخ) قال صاحب النهاية وهذا الذي ذكره من التأويل لا يكفي لتأويل المسئلة فإن فيه قيداً آخر وهو أنه إذا كان الصلح على الإنكار فلا يجب بدل الصلح على الوكيل من شيء وإن كان الصلح في المعاوضات لأنه ذكر في المبسوط في باب الصلح في العقار ولو ادعى رجل في دار رجل حقا فصالحه عنه آخر بأمره أو بغير أمره إلى أن قال ولا يجب المال على المصالح إلا أن يضمه الذي صالحه لأن الصلح على الإنكار معاوضة باستسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل والعفو عن القصاص بمال وذلك جائز مع الاجنبى كما يجوز مع الخصم انتهى واقفني أثره كثير من الشراح في أن ما ذكره المصنف لا يكفي لتأويل المسئلة بل لابد فيه من قيد آخر وهو أن لا يكون الصلح في المعاوضات على الإنكار (أقول) يمكن أن يقال يستغنى عنه مجاز كره المصنف قال قوله أما إذا كان الصلح عن مال بآل فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل من تمتة وتأويله ومقصوده منه تعميم جواب المسئلة لكل مالم يكن الصلح عن مال بآل بطريق المفهوم كآله قال وفيما سوى ذلك لا ترجع الحقوق إلى الوكيل بل تلزم الموكل كما ذكر في جواب المسئلة وقائده التنبيه على أن ما ذكره في ابتداء التأويل من الصلح عن دم العمد والصلح على بعض ما يدعيه من الدين إنما هو بطريق التمثيل لا بطريق تخصيص جواب المسئلة بذلك فإن تخصيصه بذلك ليس بصحيح بل بآله قطعاً في غير ذلك كالصلح عن جنابة العمد فيما دون النفس والصلح عن كل عقد يكون الوكيل فيه سفيراً محضاً كالتمسك والخلع وغيرهما وإذا قد تقرر هذا فقد فهم دخول الصلح على الإنكار في جواب هاتيك المسئلة وإن كان الصلح في المعاوضات إذ قد تحقق فيما مر أن الصلح على الإنكار في حق المدعى عليه إنما هو لاقتضاء اليمين وقطع الخصومة وإنما هو معاوضة في حق المدعى وأنه يجوز أن يختلف حكم العقد في حقهما فلم يكن الصلح على الإنكار في حق المدعى عليه وإن كان الصلح في المعاوضات صلحاً عن مال بآل وقد أشار إليه في المبسوط بقوله لأن الصلح على الإنكار معاوضة باستسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل والعفو عن القصاص بمال ولا يخفى

الوكيل لا يلزمه ما صالح عليه مطلقاً إلا إذا ضمنه فإنه يجب عليه من حيث الضمان لا الوكالة قال المصنف (وتأويل هذه المسئلة إذا كان الصلح عن دم العمد أو كان الصلح عن بعض ما يدعيه من الدين لأنه استسقاط محض فكان الوكيل فيه سفيراً ومعبراً فلا ضمان عليه إلا أن يضمه لأنه حينئذ هو مؤاخذ بعقد الضمان لا بعقد الصلح أما إذا كان الصلح عن مال بآل فهو بمنزلة البيع فترجع الحقوق إلى الوكيل فيكون المطالب بالمال هو الوكيل دون الموكل) وذكر في شرح الطحاوى والقصة على إطلاقه. وبالمختصر وقال صاحب النهاية ما معناه أنه لا بد لتأويل المسئلة من قيد آخر وهو أن يكون المصالح في المعاوضات على الإنكار فإن كان لا يجب على الوكيل شيء وإن كان فيها إلا الصلح على الإنكار معاوضة باستسقاط الحق فيكون بمنزلة الطلاق يجعل وذلك جائز مع الاجنبى جواز مع الخصم

(قوله وهو أن يكون المصالح في المعاوضات) أقول الظاهر أن يقال الصلح في المعاوضات (قوله وإن كان فيها) أقول

الضمير في قوله فيها يرجع إلى المعاوضات

قال (وان صالح عنه رجل بغير أمره المخل) وان صالح عنه رجل بغير أمره فهو على أربعة أوجه ووجه ذلك ان الفضولي عند الصلح على مال اما أن قرن بذ كالمال ضمان نفسه أولا فالاول هو الوجه الاول والثاني اما أن أضاف المال الى نفسه أولا فالاول هو الوجه الثاني والثاني اما أن يسلم المال المذكور أولا فالاول هو الوجه الثالث والثاني هو الرابع ولكن يرد وجهان آخران وهو ان يكون المال المذكور خالبا عن الاضافة امام مقرأ ومنكرا او كل منهما اما أن قرن به التسليم أولا يقرن وقد ذكر وجه احكام المنكر ولكن عرف وجه حكم المرفع المسلم بذ كالتسليم في المنكر فبقى حكم المرفع غير المسلم وهو الذي ذكره بقوله قال العبد الضعيف ووجه آخر أما وجه الوجه الاول فانه اذا صالح وضمن ثم الصلح لان الحاصل للمدعي عليه ليس الا البراءة لانه يصح بطريق الاسقاط وفي حق البراءة الاجنبي وانخصم سواء لان الساقط ثلاثي ومثله لا يختص بأحد فصلى أن يكون أصيلا في هذا الضمان اذا أضافه الى نفسه كالفضولي بالتطلع من جانب المرأة اذا ضمن المال ويكون متبرعا على المدعي عليه لا يرجع عليه بشئ كالوتبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بأمره فانه يرجع ولا يكون (٤٠) لهذا المصالح شئ من المدعي أي لا يصير الدين المدعي به ملكا للصالح وان كان المدعي عليه مقرا وانما يكون ذلك الذي في يده يعني في ذمته لان تصحيحه بطريق الاسقاط كما هو لا بطريق المبادلة فاذا سقط لم يبق شئ فأي شئ ثبت له بعد ذلك ولا فرق في هذا أي في أن المصالح لا يملك الدين المدعي به بين ما اذا كان الخصم مقرا أو منكرا أما اذا كان منكرا قطاهر لان في زعمه ان لاشئ عليه وزعم المدعي لا يتعدى اليه وأما اذا كان مقرا فبالصلح كان ينبغي ان يصير المصالح مشتركا ما في ذمته بما أدى الا ان شراء الدين من غير من عليه الدين عليك من غير من عليه الدين وهو لا يجوز وهذا بخلاف ما اذا كان

قال (وان صالح رجل عنه بغير أمره فهو على أربعة أوجه ان صالح بجال وضمنه ثم الصلح) لان الحاصل للمدعي عليه ليس الا البراءة وفي حقها هو والاجنبي سواء فصلح أصيلا فيه اذا ضمنه كالفضولي بالتطلع اذا ضمن البذل ويكون متبرعا على المدعي عليه كالوتبرع بقضاء الدين بخلاف ما اذا كان بأمره ولا يكون لهذا المصالح شئ من المدعي وانما ذلك الذي في يده لان تصحيحه بطريق الاسقاط ولا فرق في هذا بين ما اذا كان مقرا أو منكرا (وكذلك ان قال صالحك على ألفي هذه أو على عدي هذا اصح الصلح ولزومه تسليمها) لانه لما أضافه الى مال نفسه فقد التزم تسليمه فصلى الصلح (وكذلك لو قال على ألف وسلمها) لان التسليم اليه يوجب سلامة العوض له فيتم العقد لحصول مقصوده (ولو قال صالحك على ألف فالعقد موقوف فان اجازته المدعي عليه جاز ولزومه الا ان لم يجز بطل) لان الاصل في العقد انما هو المدعي عليه لان دفع الخصومة حاصل له الان الفضولي يصير أصيلا بواسطة اضافة الضمان الى نفسه فاذا لم يرضه بقي عاقدا من جهة المطلوب فيستوقف على اجازته قال العبد الضعيف عصمه الله ووجه آخر وهو ان يقول صالحك على هذه الاف أو على هذا العبد ولم ينسبه الى نفسه لانه لما عينه التسليم صار شارطا سلامته له فيتم بقوله ولو استعق العبد أو وجد به عيبا فرده فلا يسيل له على المصالح لانه التزم الايفاء من محل بيعينه ولم يلتزم شيئا سواه فان سلم المحل له تم الصلح وان لم يسلم له لم يرجع عليه بشئ بخلاف ما اذا صالح على دراهم مسماة وضمنها او دفعها ثم استعقت أو وجدها زبوا فاحيث يرجع عليه لانه جعل نفسه أصيلا في حق الضمان ولهذا يجبر على التسليم فاذا لم يسلم له ما سلمه يرجع عليه ببذله والله اعلم بالصواب

### باب الصلح في الدين

ان ما نحن فيه هو الو كاله من قبل المدعي عليه فتم المطلوب بدون الاحتياج الى التصريح بقيد آخر فنذكر

### باب الصلح في الدين

المدعي به عينا والمدعي عليه مقرا فان المصالح يصير مشتر بالنفسه اذا كان بغير أمره لان شراء الشئ من مال ك صحيح (قوله) وان كان في يد غيره ووجه الوجه الباقي مذ كور في المتن وهو ظاهر خالا بقوله فالعقد موقوف اختيار بعض المشايخ وقال بعضهم هو بمنزلة قوله صالح على ألفي فينفذ على المصالح والتوقف فيما اذا قال صالح فلانا على ألف درهم من دعواك على فلان فانه فيه يقف عن اجازة المدعي عليه فان اجاز جاز وان ردت بطل وهذا وجه آخر غير ما ذكر في الكتاب ذكره في الذخيرة وباقى كلامه ظاهرا لا يحتاج الى شرح والله اعلم

### باب الصلح في الدين

اما ذكر حكم الصلح عن عموم دعاوى ذكر في هذا الباب حكم الخاص وهو دعوى الدين لان الخصوص أبدا يكون بعد العموم

(قوله فصلح أن يكون أصيلا في هذا الضمان) أقول فيه شئ والظاهر أن يقول في هذا الصلح (قوله صالح فلانا على ألف درهم من دعواك على فلان) أقول يعني فلانا الاول ولو قال من دعواك عليه لكان أبعد عن التشويش

### باب الصلح في الدين

( وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على انه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه كمن له على آخر ألف درهم فصالحه على خمسمائة ولكن له على آخر ألف جيات فصالحه على خمسمائة ز يوف جازوكا أنه أبرأه عن بعض حقه ) وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحبه معاوضة لافضائه الى الربا بفعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى والبعض والصفة في الثانية ( ولو صالح على ألف مؤجلة جاز وكأنه أجل نفس الحق ) لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم عندها نسبية لا يجوز

( قوله وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة لم يحمل على المعاوضة وانما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه ) أقول فيه كلام وهو ان كلمة ذلك بالنظر الى قوله لم يحمل على المعاوضة مسئلة وأما بالنظر الى قوله وانما يحمل على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه فمنوعة لان ما وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة اذا كان على مثل حقه قدرا ووصفا كما اذا كان عليه ألف درهم جيات فصالح عن ذلك على ألف درهم جيات يحمل على استيفاء عين حقه صرح به في كثير من المعبرات كالبدائع والتحفة وغيرهما وليس فيه اسقاط شيء وعن هذا قال في الوقاية ومصلحة على بعض من جنس ما عليه أخذ بعض حقه وحط لباقيته معاوضة انتهى ويمكن أن يعتذر عما في الكتاب بأنه خارج مخرج العادة فان المعتاد أن يكرن الصلح على أقل من المدعى لا على مثله بناء على عدم الفائدة في عقد الصلح على مثل المدعى قال صاحب النهاية وهو ما ينبغي أن يراد في لفظ الرواية قيد آخر وهو أن يقال وكل شيء وقع عليه الصلح وهو مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حمله على بيع الصرف لم يحمل على المعاوضة وانما قلنا ذلك لانه اذا أمكن حمله على بيع الصرف يحمل على بيع الصرف وهو معاوضة وان كان هو من جنس ما هو مستحق بعقد المداينة فبعد ذلك يتظر ان كان مؤجلا بطل الصلح والا فلا الا ترى انه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بخفية الى أجل لا يجوز والخفية اسم له هو أجد من السود ولكن كل منهما من جنس الدراهم وانما لم يجز في هذه الصورة لان هذه مصارفة الى أجل والصرف الى أجل باطل انتهى كلامه ( أقول ) فيه بحث لان قوا في رواية الكتاب وهو مستحق بعقد المداينة يخرج ما يمكن حمله على بيع الصرف فان ما يمكن حمله على بيع الصرف عند أهل الشريعة مما وقع عليه الصلح ليس مما هو مستحق بعقد المداينة وما هو مستحق بعقد المداينة ليس مما يمكن حمله على بيع الصرف عندهم يشهد بذلك كله الامثلة المذكورة في المسائل وأدلتها المفصلة فيه وأما المثال الذي ذكره بقوله الا ترى انه لو كان عليه ألف درهم سود حالة فصالحه على ألف درهم بخفية الى أجل لا يجوز فبمعزل عما نحن فيه مما لا يمكن حمله على بيع الصرف مستحق بعقد المداينة ولا يمكن حمله على بيع الصرف أما الاول فلان البخية أجود من الود فقها زيادة وصف وهي غير مستحقة بعقد المداينة باله وود انما المستحق به السود لا غير وأما الثاني فلان الاجل يمنع عن الحق على بيع الصرف كما اعترف به نفسه حيث قال وانما لم يجز في هذه الصورة ان هذه مصارفة الى أجل والصرف الى أجل باطل ( قوله وهذا لان تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحبه معاوضة لافضائه الى الربا ) أقول لقائل أن يقول انما يقضى الى الربا لجعل المصالح عليه وهو خمسمائة عرضا عن مجموع الالف المدعى وأما اذا جعل عوضا عما يساويه من بعض المدعى وهو الخمسة بناء على ان الديون تعضى بأمانها لا بأعيانها فافاض الى الربا بما بالهم جازوا الصلح في مثل ذلك على أنه استوفى بعض حقه وأسقط باقيه ولم يحملوا على أنه صارف بعض حقه وأسقط باقيه حتى لم يشترطوا القبض

قال ( وكل شيء وقع عليه الصلح ) بدل الصلح اذا كان من جنس ما يستحقه المدعى على المدعى عليه ( بعقد المداينة لم يحمل ) الصلح ( على المعاوضة بل على استيفاء بعض الحق واسقاط الباقي ) وقيد بعقد المداينة وان كان حكم الغصب كذلك لا لامر المسلم على الصلح ( كمن له على آخر ألف درهم ) جيات حالة من ضمن متاع باعه ( فصالحه على خمسمائة ) وكمن له على آخر ألف درهم جيات تصرف العاقل يتحرى تصحيحه ما أمكن ولا وجه لتصحبه معاوضة لافضائه الى الربا بفعل اسقاطا للبعض في المسئلة الاولى والبعض والصفة في الثانية ولو صالح على ألف مؤجلة جاز وكأنه أجل نفس الحق ) لانه لا يمكن جعله معاوضة لان بيع الدراهم عندها نسبية لا يجوز

فيحصل على التأخير فتعين جعله معاوضة اذ التصرف في الدينون في مسائل الصلح لا يخرج عن أحد هذين الوجهين وفي ذلك بيع الدراهم بالدنانير نسبية فلا يجوز (وكذا اذا كان له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة) فانه لا يمكن حمله على الاسقاط (لان المجل) لم يكن مستحقا بالعقد حتى يكون استيفاء واستيفاء بعض حقه وهو (خير من النسبية) لاحالة فيكون خمسمائة في مقابلة خمسمائة مثله من الدين (و) صفة التجهيل في مقابلة الباقي وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام) روى أن رجلا سأل ابن عمر رضي الله عنهما فانه عن ذلك ثم سأل فقال ان هذا يريد أن أطعمه الربا وهذا الان حرمة ربا النساء ليست بالنسبة مبادلة المال بالاجل حقيقة ذلك أولى بذلك (ولو كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجوز ولو كانت بالعكس جاز) والاصل أن المستوفى اذا كان أدون من حقه فهو اسقاط كما في العكس وان كان (٤٣) أزيد قدرا أو وصفا فهو معاوضة (لان الزيادة غير مستحقة له) فلا يمكن جعله استيفاء

(فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا) فان قل اذا كان حقه ألف درهم بنهرجة فصالحه على ألف درهم ٣ بخية نقديت المال فهو أجود من التبرجة وجاز الصلح والزيادة موجودة أجاب بقوله (ويخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو أجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يعتبر القبض في المجلس) وحاصله أن الجودة اذا وقعت في مقابلة مال كان ربا كالسئلة الاولى فانها قد قبلت بخمسمائة من السود وهو ربا وما اذا لم يقع فذلك صرف والجيد والردى فيه سواء يدايد (ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو مؤجلة صحيح لانه أمكن جعله اسقاطا

خلفاءه على التأخير (ولو صالحه على دينار الى شهر لم يجوز) لان الدنانير غير مستحقة بعقد المدائنة فلا يمكن حمله على التأخير ولا وجه له سوى المعاوضة وبيع الدراهم بالدنانير نسبية لا يجوز فلم يصح الصلح (ولو كانت له ألف مؤجلة فصالحه على خمسمائة حالة لم يجوز) لان المجل خير من المؤجل وهو غير مستحق بالعقد فيكون بازا فاحاطه عنه وذلك اعتياض عن الاجل وهو حرام (وان كان له ألف سود فصالحه على خمسمائة بيض لم يجوز) لان البيض غير مستحقة بعقد المدائنة وهي زائدة وصفا فيكون معاوضة الالف بخمسمائة وزيادة وصف وهو ربا بخلاف ما اذا صالح عن الالف البيض على خمسمائة سود حيث يجوز لانه اسقاط كله قدرا ووصفا وبخلاف ما اذا صالح على قدر الدين وهو أجود لانه معاوضة المثل بالمثل ولا معتبر بالصفة الا انه يشترط القبض في المجلس ولو كان عليه ألف درهم ومائة دينار فصالحه على مائة درهم حالة أو الى شهر صح الصلح لانه أمكن أن يجعل اسقاطا للدنانير كلها والدراهم الائمة وتأجلا الباقي فلا يجعل معاوضة تعصبا للعقد أو لان معنى الاسقاط فيه ألزم قال (ومن له على آخر ألف درهم فقال أدالي غدا منها خمسمائة على أنك برى من الفضل ففعل فهو برى فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد عليه الالف وهو قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعود عليه) لانه إبراء مطلق

في المجلس وجوزوا التأجيل فتأمل في الجواب (قوله ومن له على آخر ألف درهم فقال أدالي غدا منها خمسمائة على أنك برى من الفضل ففعل فهو برى) قال صاحب العناية قيل معناه فقبل فهو برى وفي الحال ويجوز أن يكون معناه فأدى اليه ذلك غدا فهو برى ومن الباقي انهم (أقول) لا يذهب على الفطن ان قوله فان لم يدفع اليه الخمسمائة غدا عاد اليه الالف بأبي المعنى الثاني ويناسب المعنى الاول لان عود الالف اليه يقتضي تحقق البراءة عنه أو لا لكن يمكن توجيهه على المعنى الثاني أيضا بأنه لاشك ان البراءة الموقوفة على أداء الخمسمائة اليه غدا متحقة أو لا وان لم تحقق البراءة المقطوعة الا بأداء ذلك اليه غدا ففما اذا لم يدفع ذلك اليه غدا يصح أن يقال عاد اليه الالف نظرا الى تحقق البراءة الموقوفة من قبل فان نصف الالف قد خرج ملكه خروجا موقوفا على أداء نصفه الآخر اليه غدا فاذا لم يؤد اليه ذلك غدا عاد اليه الالف كما كان وأما جعل العود مجازا عن البقاء كما كان كما فعله بعض الفضلاء فمما لا تقبله

للدنانير كلها والدراهم الائمة ان كانت حالة واسقاطا لذلك (وتأجلا الباقي) ان كانت مؤجلة (نصيحة العقد الفطرة أولان معنى الاسقاط فيه ألزم) لان مبني الصلح على الخطيئة والخط ههنا أكثر فيكون الاسقاط ألزم من معنى المعاوضة قال (ومن له على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم حالة فقال أدالي غدا منها خمسمائة على أنك برى من الفضل ففعل فهو برى قيل معناه فقبل فهو برى وفي الحال ويجوز أن يكون معناه فأدى اليه ذلك غدا فهو برى ومن الباقي فان لم يدفع اليه غدا خمسمائة عاد الالف كما كان في قول أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعود عليه لانه إبراء مطلق اذ ليس فيه ما يقيد

(قوله فيحصل على التأخير) أقول بالنصب (قوله كما في العكس) أقول ناظر الى قوله ولو كانت بالعكس (قوله ففعل فهو برى) قيل معناه فقبل الخ (أقول فالفعل مجاز عن التزامه في الدين) قوله ويجوز أن يكون معناه الى فوله عاد الالف (أقول فيكون العود مجازا عن البقاء كما كان الا ان مقتضى كلمة عاد هو المعنى الاول ويدل عليه ما سيذكر في الفرقين التعليق والتقييد ٣ بخية بنشدان الخاء والياء نسبة الى مخ أمير ضربها وانظر اللسان كتبه صححه



الآ ترى أنه جعل أداء الخمسة عوضا حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على والاداء لا يصلح عوضا لان حد المعاوضة ان يستفيد كل واحد مالم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن بغير وجوده أي وجود جعل الاداء عوضا يجري عدمه فبقي الابرار مطلقا وهو لا يعود كما اذا بدأ بالبراءة قال أبرأتك عن خمسة من الالف على أن تؤدي غدا خمسة واهما أن هذا ابرار عقيد بالشرط والمقصد بشرط يفوت بفواته أي عند فواته فان انتفاء الشرط ليس علة لانتفاء الشرط (٤٣) عندنا لكنه عند انتفائه فأت

لبقائه على العدم الاصل  
وموضعه أصول الفقه  
وانما قلنا انه مقيد بالشرط  
لانه بدأ بأداء خمسة في  
الغدا وانه يصلح غرضا  
حذار افلاسه أو توسلا

الى تجارة أريج فصلح أن

يكون شرطاً من حيث المعنى

وكلمة على وان كانت للمعاوضة

لكن تخمّل معنى الشرط

لوجود معنى المقابلة فيه

فان فيه مقابلة الشرط

بالجزء كما كان بين العوضين

وقد تعذر العمل بمعنى

المعاوضة فتحتمل على

الشرط تصحها لتصرفه

وكأنه منهم ما قول عوجب

العلة أي سلمنا أنه لا يصح

أن يكون مقيداً بالعوض

لكن لا ينافي أن يكون

مقيداً بوجه آخر وهو الشرط

(قوله أولاً لأنه متعارف)

معطوف على قوله لوجود

المقابلة يعني أن حمل كلمة

على الشرط لا أحد

معنيين امالو وجود المقابلة

واما الآن مثل هذا الشرط

في الصلح متعارف بأن

يكون يجعل البعض مقيداً

لأبراء الباقي والمعروف عرفاً

كالشروط شرطاً فصار كالو

الآ ترى أنه جعل أداء الخمسة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه بغير وجوده مجرى عدمه فبقي الابرار مطلقا فلا يعود كما اذا بدأ بالبراءة واهما أن هذا ابرار مقيد بالشرط في الغدا وانه يصلح غرضا حذار افلاسه وتوسلا الى تجارة أريج منه وكلمة على ان كانت للمعاوضة فهي محتملة للشرط لوجود معنى المقابلة فيه فيحمل عليه عند تعذر الحمل على المعاوضة تصحها لتصرفه وألانه متعارف

الفطرة السليمة (قوله الآ ترى أنه جعل أداء الخمسة عوضا حيث ذكره بكلمة على وهي للمعاوضة) قلت الباء في بكلمة على في قوله حيث ذكره بكلمة على للمقابلة كما في قولك بعت هذا بكذا فافهم في حيث ذكر أداء الخمسة بمقابلة كلمة على التي للمعاوضة فلا حاجة الى ما تمحل به بعض الفضلاء في توجيه قوله حيث ذكره بكلمة على حيث قال أي في المعنى والافني اللفظ دخل كلمة على في الابرار دون الاداء انتهى فكأنه حمل الباء على الاصاق فأخذ منه الدخول في الاداء فاحتاج الى التكلف وفيما ذكرناه مندوحة عن ذلك (قوله والاداء لا يصلح عوضا لكونه مستحقا عليه) قال صاحب العناية في شرحه والاداء لا يصلح عوضا لان حد المعاوضة أن يستفيد كل واحد مالم يكن قبلها والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن انتهى ورد عليه بعض الفضلاء قوله والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء لم يكن حيث قال فيه شيء بل يستفاد به البراءة (أقول) ليس هذا بشيء لأن مراد صاحب العناية أنه لم يستفد بالاداء شيء في جانب الدائن والبراءة انما تستفاد في جانب المدين وحده المعاوضة أن يستفيد كل واحد مالم يكن قبلها فاذا لم يستفد في جانب الدائن شيء لم يتحقق حد المعاوضة فتم المطلوب (قوله أولاً لأنه متعارف) قال صاحب العناية قوله أولاً لأنه متعارف معطوف على قوله لوجود المقابلة يعني ان حمل كلمة على على الشرط لا أحد معنيين امالو وجود المقابلة واما الآن مثل هذا الشرط في الصلح متعارف (أقول) فيه نظر لان المعنى الثاني لا يكون علة لحمل كلمة على على الشرط لانها كانت موضوعة للمعاوضة لم يصح حملها على غيرهما لم يوجد بينهما علاقة الجواز ولا يخفى أن كون مثل هذا الشرط في الصلح متعارفا لا يجدي مناسبة بين ما وضعت له كلمة على وبين هذا الشرط حتى تصلح علاقة للجواز بخلاف المعنى الاول فان اشتراك المعاوضة والشرط في معنى المقابلة مناسبة مصححة للتجاوز نعم يكون المعنى الثاني علة مرجحة للتجاوز بعد أن ثبتت العلة المصححة له لكن الكلام في كونه علة مستقلة لجلها على الجواز وذلك لا يتصور الا بكونه علة مصححة للتجاوز كالاول وليس فليس ثم أقول الاقرب أن يكون قوله أولاً لأنه متعارف معطوفا على الاقرب وهو قوله تصحها لتصرفه وان كان الظاهر من كلام كثير من الشراح أن يكون معطوفا على ما ذكره صاحب العناية فعسى كلام المصنف فتحمل كلمة على على الشرط عند تعذر حملها على المعاوضة لتصح تصرف العاقل أولان مثل هذا الشرط في الصلح متعارف فيكون قوله لوجود معنى المقابلة بياناً للعلاقة المصححة للتجاوز ويكون قوله تصحها لتصرفه وقوله أولاً لأنه متعارف بياناً للعلة

(قوله حيث ذكره بكلمة المعاوضة وهي على) أقول أي في المعنى والافني اللفظ دخل كلمة على في الابرار دون الاداء (قوله والاداء مستحق عليه لم يستفد به شيء) أقول فيه شيء بل يستفاد به البراءة والاطهر لم يستفد بشيء ثم قوله والاداء مستحق عليه معناه في كل وقت (قوله بغير وجوده أي وجود جعل الاداء الخ) أقول الاولى أن يقال المراد بوجوده لفظاً (قوله يعني ان حمل كلمة على الى قوله متعارف) أقول تأمل هل يمكن ملاحظة المعنى الثاني بدون الاول والا قرب أن يجعل عطفاً على قوله تصحها لتصرفه



(قوله والابراء بما يتقيد بالشرط وان كان لا يحتمل التعليق به) جواب عما يقال تعليق الابراء بالشرط مثل أن يقول لغريم أو كفل إذا أدبت أو متى أدبت أو أن أدبت إلى خمسة فأنت يرى من الباقي باطل بالاتفاق والتقيد بالشرط هو التعليق به فكيف كان جائزا ووجهه انه مما يتغير باللفظ ومعنى اما العطف فهو التقيد بالشرط لا يستعمل فيه لفظ الشرط صريحا والتعليق به يستعمل فيه ذلك وأما معنى فلان في التقيد به الحكم ثابت في الحال على عريضة ان يزول ان لم يوجد الشرط وفي التعليق به الحكم غير ثابت في الحال وهو بعريضة ان ثبت عند وجود الشرط والفقه في ذلك ان في الابراء معنى الاسقاط والتبليك أما الاول فلانه لا يتوقف صحته على القبول كما في الطلاق والعقاق والعفوع (٤٤) القصاص وأما الثاني فلانه يرتد بآرد كافي سائر التبليكات وتعليق الاسقاط المحض

والابراء بما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كافي الحوالة وستخرج البداة بالابراء ان شاء الله تعالى قال العبد الضعيف وهذه المسئلة على وجهه أحدها ما ذكرناه والثاني اذا قال صاحبك من الالف على خمسة فأنت تدفعها إلى غدا وأنت يرى من الفصل على انك ان لم تدفعها إلى غدا فالالف عليك على حاله وجوابه أن الامر على ما قال لانه أتى بصريح التقيد فيعمل به والناس اذا قال أبرأتك من خمسة المراجعة للعمل على الجاز بوجهين فينظم اللفظ والمعنى (قوله والابراء بما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به كافي الحوالة) قال صاحب العناية قوله كافي الحوالة متعلق بقوله فيفوت بعقوبة يعني أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بعقوبته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مقلسا عاد الدين إلى ذمة المحيل انتهى (أقول) لا يخفى على ذي مسكة ان جعل قوله كافي الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بعقوبته مع تحقق الجملة الكثيرة الفاصلة بينهما بعيد عن سنن الصواب عند المحال الواضح لجعله متعلقا بما يتصل به وهو قوله والابراء بما يتقيد بالشرط وان كان لا يتعلق به وعن هذا قال صاحب النهاية في شرح قوله كافي الحوالة يعني ان البراءة بما يتقيد كالحوالة لان الحوالة على نوعين مطلقة ومقيدة وقال صاحب الكافي في تقرير هذا المقام والابراء بما يتقيد بالشرط وان لم يتعلق به كالحوالة فانها مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مقلسا يعود الدين إلى ذمة المحيل انتهى وعلى هذا المنوال شرح جمهور الشراح هذا المقام ولم أر أحدا ذهب إلى كون قوله كافي الحوالة متعلقا بقوله فيفوت بعقوبته سوى صاحب العناية والحبب منه ان ما صورده من المعنى لا يساعد ما ذهب اليه بل يتناسب خلاف ذلك فانه قال يعني أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بعقوبته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة ولا يخفى على الفطن ان قوله لما كان مقيدا بشرط كان كالحوالة وقوله فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة انما يناسب كون قوله كافي الحوالة متعلقا بقوله والابراء بما يتقيد بالشرط وانما المساعد لما ذهب اليه أن يقال يعني أن الابراء لما كان فائتا بفوات الشرط كان كالحوالة فانها تفوت بفوات شرط السلامة على أن فوات الشيء بفوات الشرط فرع لعمدة تقيد ذلك الشيء بالشرط وليس بأصل مستقل في الكلام فكيف يحسن تعليق قوله كافي الحوالة بذلك دون أصله تبصر ترشد (قوله قال العبد الضعيف وهذه المسئلة على وجهه) قال صاحب النهاية أي وجوه خمسة فوجه الحصر فيها هو أن رب الدين في تعليق الابراء بأداء بعض الدين لا يحلو اما أن يبدأ بالأداء أولا فان بدأ به فلا يحلو اما أن يذكر معه بقاء الباقي على المدين صريحا دعوى الوفاء بالشرط أم لا فان لم يذكره فالوجه الاول وان ذكره فالوجه الثاني وان لم يذكره فلا بد بالاداء فلا يحلو اما ان يبدأ بالاداء أم لا فان بدأ بالاداء أولا فان بدأ به فلا يحلو

جائز كتعليق الطلاق والعقاق بالشرط وتعليق التبليك به لا يجوز كالبيع والهبة لما فيه من شبهة التماثل وانما الابراء شبهة بهما فوجب العمل بالشبهين بقدر الامكان فقلنا لا يحتمل التعليق بالشرط مما يشبه التبليك وذلك اذا كان بحسب الشرط ويحتمل التقيد به عملا بشبه الاسقاط وذلك ان لم يكن ثم حرف شرط وليس فيما نحن فيه حرف شرط فكان مقيدا بشرط والمقيد به يفوت عند فواته كما (قوله كافي الحوالة) متعلق بقوله فيفوت بعقوبته يعني أنه لما كان مقيدا بشرط يفوت بعقوبته كان كالحوالة فان براءة المحيل مقيدة بشرط السلامة حتى لو مات المحال عليه مقلسا عاد الدين إلى ذمة المحيل وقوله (وستخرج البداة بالابراء) وعد بالجواب عما قال أبو يوسف

كما اذا بدأ بالابراء واذا تأملت ما ذكرت لك في هذا الوجه ظهر لك وجه الوجوه المأقمة قال صاحب النهاية في حصر الوجوه اما على خمسة ان رب الدين في تعليق الابراء بأداء البعض لا يحلو اما أن يبدأ بالاداء أولا فان بدأ به فلا يحلو اما أن يذكر معه بقاء الباقي على المدين صريحا عند عدم الوفاء بالشرط أولا فان لم يذكره فهو الوجه الاول وان ذكره فهو الوجه الثاني وان لم يذكره فلا بد بالاداء فلا يحلو اما أن يبدأ بالاداء أولا فان بدأ به فهو الوجه الثالث وان لم يبدأ بالاداء فلا يحلو

(قوله وان ذكره فهو الوجه الثاني) أقول فان قبل لم يبدأ في الوجه الثاني بالاداء بل بالمصالحة فلا معنى لجعله قسما مما بدئ فيه بالاداء فلنا ذلك مبني على اتحاد مع ما بدئ فيه بالاداء حكما فليتامل

أما أن بدأ بحرف الشرط أولا فلن لم يبدأ أقالوجه الرابع وإن بدأ فهو الخامس أما الوجه الأول فقد ذكرناه والوجه الثاني ظهر مما تقدم  
والثالث وهو الموعود باستخراج الجواب مبني على أن الثابت أولا لا يزول بالشك (٢٥) فإذا قدم الإبراء حصل مطلقا

ثم بدأ كرماءه وقع الشك  
لأنه إن كان عوضا فهو  
باطل لما تقدم في علمه بل به  
الاطلاق وإن كان شرعا  
بقيد به وبال إطلاق فإذا  
وقع الشك لم يبطل به الثابت  
أولا وفي عكسها عكس ذلك  
والرابع وجهه أنه إذا لم  
يؤت للاداء وقتا ظهر أن  
أداء البعض لم يكن لغرض  
لكنه وجب في مطلق  
الزمان فلا يصلح أن يكون  
في معنى الشرط ليحصل به  
التميز فلم يبق الأجهنة  
العوض وهو غير صالح  
لذلك كما تقدم والخامس  
تدليق وقد تقدم أن الإبراء  
لا يمتثل فلا يكون صحيحا  
(ومن قال لا خولا أقر لك  
بمالك على حتى تؤخره  
عني أو تحط عني بعضه  
ففعلي أي أخر أو حط  
(جاز عليه) أي نفذ هذا  
التصرف على رب الدين فلا  
يتمكن من المطالبة في  
الحال إن أخر وأبدان حط  
(لأنه ليس بمكره) لتمككه  
من إقامة البيئة أو التحليف  
لا يقال هو مضطر فيه لأنه  
إن لم يفعل لم يقر لأن تصرف  
المصطر كصرف غيره فإن  
من باع عينا بطعام يأكله  
لجوع قد اضطر به كان  
يبيعها فذا (ومعنى المسئلة  
إذا قال ذلك سرا ما إذا قال علانية يؤخذ المقر بجميع المال) في الحال

من الألف على أن تعطي الخمسمائة غدا والإبراء فيه واقع أعطى الخمسمائة أولم يعط لأنه أطلق الإبراء  
أولا وأداء الخمسمائة لا يصلح عوضا مطلقا ولكنه يصلح شرطاً لوقوع الشك في تقييده بالشرط فلا يمتنع  
به بخلاف ما إذا بدأ بأداء الخمسمائة لأن الإبراء حصل مقر وثابه فمن حيث أنه لا يصلح عوضا يقع مطلقا  
ومن حيث أنه يصلح شرطاً لا يقع مطلقا فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا والرابع إذا قال أدالي  
خمسائة على أنك برى من الفضل ولم يؤت للاداء وقتا وجبوا به أنه يصح الإبراء ولا يعود الدين لأن  
هذا الإبراء مطلق لأنه لم يؤت للاداء وقتا لا يكون الاداء غرضا صحيحا لأنه واجب عليه في مطلق  
الزمان فلم يقيده بل يحمل على المعاوضة ولا يصلح عوضا بخلاف ما تقدم لأن الاداء في الغد غرض  
صحيح والخامس إذا قال إن أدبت إلى خمسائة أو قال إذا أدبت أو متى أدبت فالجواب فيه أنه لا يصح  
الإبراء لأنه علقه بالشرط صريحا وتعليق الإبراء بالشرط باطل لما فيها من معنى التملك حتى يرتد  
بالرخص خلاف ما تقدم لأنه ما أتى بصريح الشرط فحمل على التقييده قال (ومن قال لا خولا أقر لك  
بمالك حتى تؤخره عني أو تحط عني ففعلي جاز عليه) لأنه ليس بمكره ومعنى المسئلة إذا قال ذلك سرا ما إذا  
قال علانية يؤخذ به

أما أن بدأ بحرف الشرط أم لا فإن لم يبدأ أقالوجه الرابع وإن بدأ فهو الخامس انتهى كلامه وهكذا  
ذكر وجوه الحصر في العناية أيضا فقلنا عن صاحب النهاية (أقول) فيه إشكال أما أولا فلأنه جعل الوجه  
الثاني قسما مما بدأ بالاداء مع أنه لم يبدأ فيه بالاداء بل بدأ فيه بالمصالحة وأما ثانيا فلأنه جعله في الوجه  
الرابع قسما مما لم يبدأ بالاداء مع أنه بدأ فيه بالاداء كما ترى ويمكن الجواب عن كل واحد منهما بما ينوع  
عناية أما عن الأول فبأن يقال إن البداء في الوجه الثاني وإن لم يكن بالاداء صورة إلا أنه كان به معنى  
لأن حاصل معناه أدالي غدا خمسائة من الألف وأنت برى من الفضل على أدان لم تدفعها إلى غدا  
فالألف عليك على حاله فالمراد بأن بدأ بالاداء أن بدأ به فيما يتم به وجه المسئلة ويمتنع عن سائر وجوهها  
ولا يخفى أن الوجه الثاني يتم بما ذكرناه من حاصل المعنى ويمتنع به عن سائر الوجوه وأما المصالحة فأنها  
ذكرت فيه لمجرد التفصيل والإيضاح وأما عن الثاني فبأن يقال ليس المراد بالبداء بالاداء في وجه  
الحصر البداء بالاداء المطلق بل المراد به البداء بالاداء المؤقت ولا يخفى أنه لم يبدأ في الوجه الرابع بالاداء  
المؤقت بل انما بدأ فيه بالاداء المطلق فاستقام التقسيم وأجاب بعض الفضلاء عن الإشكال الأول بوجه  
آخر حيث قال فإن قبل لم يبدأ في الوجه الثاني بالاداء بل بالمصالحة فلا معنى لبعده قسما مما بدأ في فيه  
بالاداء قلنا ذلك مبني على اتحاد مع بدئ في فيه بالاداء حكما فليتأمل انتهى (أقول) ليس هذا  
الجواب بشي لأن اتحاد مع ما بدئ في فيه بالاداء حكما لا يقتضي ولا يجوز جعله مما بدئ في فيه بالاداء  
الاتحاد في الحكم لا يستلزم الاتحاد في الذات ولا في الصفات كيف ولو جاز جعل الوجه الثاني مما بدئ في فيه  
بالاداء بناء على اتحاد في الحكم مع ما بدئ في فيه بالاداء فهو الوجه الأول لما زج جعل ما لم يذكر معه بقاء  
الباقى على المدبون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط مما ذكر معه ذلك بناء على الاتحاد في الحكم أيضا فلم  
يظهر وجه جعل الوجه الأول والوجه الثاني قسمين مستقلين (قوله بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسائة  
لأن الإبراء حصل مقر وثابه فمن حيث أنه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث أنه يصلح شرطاً لا يقع مطلقا  
فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا) أقول فيه بحث لأن هذا وإن أفاد الفرق بين الوجهين إلا أنه

(قوله فإن لم يبدأ أقالوجه الرابع) أقول فيه بحث لأن الوجه الرابع مما بدئ في فيه بالاداء حكما فليتأمل انتهى (أقول) ليس هذا  
الجواب بشي لأن اتحاد مع ما بدئ في فيه بالاداء حكما لا يقتضي ولا يجوز جعله مما بدئ في فيه بالاداء  
الاتحاد في الحكم لا يستلزم الاتحاد في الذات ولا في الصفات كيف ولو جاز جعل الوجه الثاني مما بدئ في فيه  
بالاداء بناء على اتحاد في الحكم مع ما بدئ في فيه بالاداء فهو الوجه الأول لما زج جعل ما لم يذكر معه بقاء  
الباقى على المدبون صريحا عند عدم الوفاء بالشرط مما ذكر معه ذلك بناء على الاتحاد في الحكم أيضا فلم  
يظهر وجه جعل الوجه الأول والوجه الثاني قسمين مستقلين (قوله بخلاف ما إذا بدأ بأداء خمسائة  
لأن الإبراء حصل مقر وثابه فمن حيث أنه لا يصلح عوضا يقع مطلقا ومن حيث أنه يصلح شرطاً لا يقع مطلقا  
فلا يثبت الإطلاق بالشك فافترقا) أقول فيه بحث لأن هذا وإن أفاد الفرق بين الوجهين إلا أنه

**فصل في الدين المشترك** ❦ أخبر بيان حكم الدين المشترك عن الدين المفرد لان المركب يتلو المفرد قال (واذا كان الدين بين الشرير يكتن (الح) اذا كان الدين بين الشرير يكتن فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشر بكة بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء أخذ نصف الثوب من الشرير لأن الأن يضمن له شر بكة ربع الدين فانه لا خيار لشر بكة في اتباع الغريم أو شر بكة القابض وأصل هذا ان الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما منه شيأ فلصاحبه أن يشارك في المقبوض لانه اذا زاد بالقبض اذ مالبة الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى أصل الحق فيصير كزيادة الولد والثرمة وله بالقبض اذ مالبة الدين باعتبار عاقبة (٤٦)

**فصل في الدين المشترك** ❦ قال (واذا كان الدين بين شريرين فصالح أحدهما من نصيبه على ثوب فشر بكة بالخيار ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه وان شاء أخذ نصف الثوب من الشرير لأن الأن يضمن له شر بكة ربع الدين) وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما منه شيأ فلصاحبه أن يشارك في المقبوض لانه اذا زاد بالقبض اذ مالبة الدين باعتبار عاقبة القبض وهذه الزيادة راجعة الى أصل الحق فتصير كزيادة الولد والثرمة وله حق المشاركة ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض

ينافي ما تقرر في التعليل المذكور من قبل أبي حنيفة ومحمد رهما الله في الوجه الاول لانه كما لا يثبت الاطلاق بالشك لا يثبت الشرط به أيضا فيلزم أن لا يثبت تقييد الابرا بالشرط في ذلك الوجه اذ لم يثبت تقييده به أولا هناك كما ثبت اطلاقه أولا في الوجه الثالث حتى لا يزول بالشك بل ان أخذ التقييد هناك فاعيا يؤخذ من مقارنة الابرا بالاداء واذا كان الاداء متروكا بين ما يقتضي الاطلاق وما يقتضي التقييد كما ذكره هنا كان تقييده بالشرط مشكوكا غير ثابت وقد جزم في التعليل المذكور هناك من قبلهما بكون الابرا مقيدا بالشرط في ذلك الوجه وبين ذلك بما لا مزيد عليه فكان بين الكلامين تناف فليست أم في التوفيق

**فصل في الدين المشترك** ❦ أخبر بيان حكم الدين المشترك عن المفرد لان المركب يتلو المفرد (قوله) وأصل هذا أن الدين المشترك بين اثنين اذا قبض أحدهما منه شيأ فلصاحبه أن يشارك في المقبوض قال في النهاية وأما اذا أخذ بمقابله نصيبه ثوبا ليس لصاحبه أن يشارك في المقبوض بل الخيار للقابض على ما ذكرنا من تنصيص رواية المبسوط وشارة رواية الكتاب انتهى (أقول) فلغائل أن يقول اذا كان قبض أحد الشريرين في الدين شيأ من الدين مخالفا لأخذ أحدهما ثوبا بمقابله نصيبه في حكم المشاركة في المقبوض لم يتحقق اتحاد في الحكم بين مسألة ما اذا قبض أحد الشريرين في الدين شيأ من الدين وبين مسألة الكتاب فلم يظهر لحصل الاولى أصلا للثانية كما فعله المصنف وغيره جهة حسن وانما يظهر حسن ذلك فيما اذا صالح أحدهما من نصيبه على دراهم أو دنانير كما ذكرت هذه الصورة أيضا في المبسوط وما نحن فيه ليس من ذلك (قوله وله حق المشاركة) قال بعض الفضلاء الظاهر اسقاط لفظ الحق فان المتحقق في الولد والثرمة حقيقة لا حقها انتهى (أقول) بل الحق اقحام لفظ الحق لان الضمير في وله عائد الى صاحب الشرير القابض في الدين المشترك لا الى أحد الشريرين في كل شيء وليس له حقيقة المشاركة في المقبوض والامتناع تصرف القابض فيه قبل المشاركة واعماله حق المشاركة فيه فلأسقط لفظ الحق ههنا عسى يتوهم أن يكون له حقيقة المشاركة كافي الولد والثرمة فأقحم لفظ الحق دفعا لذلك التوهم (قوله ولكنه قبل المشاركة باق على ملك القابض

حق المشاركة في ذلك فان قيل لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريرين التصرف في الولد والثرمة بغير إذن الآخر اجاب بقوله لكنه أي المقبوض قبل أن يختار الشرير مشاركة القابض فيه باق على ملك القابض

**فصل في الدين المشترك** ❦ (قوله بنصفه) أقول يعني بنصف الدين (قوله الآن) يضمن له شر بكة ربع الدين فإنه لا خيار لشر بكة (الح) أقول إشارة الى أن الاستثناء من قوله فشر بكة بالخيار قال صاحب النهاية والاتصاف الاستثناء من قوله شر بكة بالخيار اه وانما هو من تقرير الحكماني انه استثناء من قوله ان شاء أخذ منه نصف الثوب فانه قال اذا كان الدين بين شريرين فصالح أحدهما نصيبه على ثوب فشر بكة بالخيار ان شاء أخذ

منه نصف الثوب الآن يضمن له شر بكة ربع الدين وان شاء اتبع غيره بنصف الدين اه فتأمل في الترجيح وفي الكفاية استثناء من قوله ان شاء أخذ نصف الثوب فان الشرير اذا ضمن له ربع الدين لا يبقى للساكت ولاية المشاركة في الثوب ويجوز انه يكون من قوله ان شاء اتبع الذي عليه الدين بنصفه فان الشرير اذا ضمن له نصف المقبوض لا يبقى له ولاية الرجوع بنصف الدين بل يرجع بربعه والاحسن أن يكون من قوله فشر بكة بالخيار الا اذا ضمن له شر بكة ربع الدين حينئذ لا يبقى له الخيار البتة اه قال المصنف (وله حق المشاركة) أقول الظاهر اسقاط لفظ الحق فان المتحقق في الولد والثرمة حقيقة لا حقها

لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فملكه ويتفقد تصرفه ويضمن لشريكه حصته وعرف الدين المشترك بأنه الذي يكون واجبا بسبب متحد كتمن مبيع صفقة واحدة بأن كان لكل منهما عين على حدة فباعا صفقة واحدة وعن مال مشترك وموروث مشترك وقيمة مشترك مشترك وقيد الصفقة بالوحدة احترازا عما إذا كان عبدان رجلين باع أحدهما نصيبه من رجل بخرمسمائة وباع الآخر نصيبه منه بخرمسمائة وكتب عليه صكا واحدا بألف درهم ثم قبض أحدهما منه شيئا لم يكن إلا أن يشاركه فيه لأن نصيب كل واحد منهما واجب على المطلوب بسبب آخر فلا تثبت الشراكة بينهما باتحاد الصك قال صاحب النهاية ثم ينبغي أن لا يكتفى بقوله إذا كان صفقة واحدة بل ينبغي أن يراد على هذا ويقال إذا كان صفقة (٤٧) واحدة بشرط أن يتساوى باقي قدر الثمن وصفقة لأنهما لو باعا صفقة واحدة على أن نصيب فلان منه مائة ونصيب فلان خمسمائة ثم قبض أحدهما منه شيئا لم يكن إلا أن يشاركه فيه لأن تفرق التسمية في حق البائعين كتفرق الصفقة بدليل أن المشتري أن يقبل البيع في نصيب أحدهما وكذلك لو اشترط أحدهما أن يكون نصيبه خمسمائة بخرمسمائة سودلم يكن إلا أن يشاركه فيما قبضه لأن بالتسمية تفرقت وتميز نصيب أحدهما عن الآخر وصفا وعمل المصنف اعتمادا ذكره لأنه شرط الاشتراك وهو في بيان حقيقة ولما فرغ من بيان الأصل قال (إذا عرفنا هذا) وزل عليه مسئلة الكتاب هذا إذا كان صالح على شيء ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشركه فيما قبض

لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فملكه حتى يتفقد تصرفه فيه ويضمن لشريكه حصته والدين المشترك يكون واجبا بسبب متحد كتمن المبيع إذا كان صفقة واحدة وعن المال المشترك والموروث بينهما وقيمة المستهلك المشترك إذا عرفنا هذا فنقول في مسئلة الكتاب أنه أن يبيع الذي عليه الأصل لأن نصيبه باقي ذمته لأن القابض قبض نصيبه لكن له حق المشاركة وإن شاء أخذ نصف الثوب لأن له حق المشاركة الآن يضمن له شريكه ربع الدين لأن حقه في ذلك قال (ولو استوفى نصف نصيبه من الدين كان لشريكه أن يشاركه فيما قبض) لما قلنا (ثم يرجعان على الغريم بالباقي) لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد أن يبقى الباقي على الشريك قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين سلعة كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين) لأنه صار قابضا حقه بالمقاصة كما لا بد من البيع على المما كسبة بخلاف الصلح لأن مبناء على الانحياز والخطيئة فلو ألزمناه دفع ربع الدين بتضرره فيقتصر القابض كما ذكرنا ولا سبيل للشريك على الثوب في البيع لأنه ملكه بعقده

لأن العين غير الدين حقيقة وقد قبضه بدلا عن حقه فملكه قال الشراح فاطبة هذا استدراك جواب سؤال مقدر وهو أن يقال لو كانت زيادة الدين بالقبض كزيادة الثمرة والولد لما جاز تصرف القابض في المقبوض كما لا يجوز لأحد الشريكين التصرف في الثمرة والولد بغير إذن الآخر (أقول) نعم كذلك لكن يرد عليه أنه وإن تم جوابا عن ذلك السؤال إلا أنه منافي لما تقررا نفا من أن لصاحبه حق المشاركة في المقبوض لأنه لما قال في تعليقه لأن العين غير الدين علم منه أن ما قبضه أحد الشريكين غير ما اشتركا فيه لأنه لا عينه ولما قال وقد قبضه بدلا عن حقه علم منه أن ما قبضه ليس بدلا عن المشترك بينهما كما أنه ليس عين ذلك بل هو بدل عن حصة القابض فقط فكيف يتصور أن يثبت للشريك الساكت حق المشاركة في المقبوض الذي ليس هو عين ما اشتركا فيه ولا بدلا عنه فتأمل ثم إن هذا يخالف لما ذكر في شرح الاقطع في تعليل قوله وإن شاء أخذ نصف الثوب في جواب مسئلة الكتاب بأن قال لأن الصلح وقع على نصف الدين وهو مشاع لأن قسمة الدين حال كونه في الذمة لا تصح وحق الشراكة متعلق بكل جزء من الدين فصار عوض الثوب نصفه من حقه فوقف على إجازته وأخذ النصف دلالة على إجازة العقد فصير ذلك وجازا فان ضمن له شريكه ربع الدين لم يكن له على الثوب سبيل لأن حقه في الدين انتهى فإن الظاهر منه أن يكون ما قبضه أحد الشريكين في الدين بدلا من حقه مامعا لا من حق

لما قلنا من الأصل ثم يرجعان بالباقي على الغريم لأنهما لما اشتركا في المقبوض لا بد من بناء الباقي على ما كان من الشراكة قال (ولو اشترى أحدهما بنصيبه الخ) ولو اشترى أحدهما بنصيبه من الدين ثوبا كان لشريكه أن يضمنه ربع الدين وليس الشريك بخبرائين دفع ربع الدين ونصف الثوب كما كان في صورة الصلح لأنه استوفى نصيبه بالمقاصة بين مالزمه بشراء الثوب وما كان له على الغريم كالأمان من غير خطيئة وانحياز لأن مبيع البيع على المما كسبة ومثله لا يتوهم فيه الانحياز والخطيئة بخلاف الصلح لأن مبناء على ذلك فلو ألزمناه في الصلح يضمن ربع الدين البتة بتضرره فيقتصر القابض كما ذكرنا من قوله الآن يضمن له شريكه وليس للشريك على الثوب في صورة البيع سبيل لأنه ملكه بعقده فإن قيل هب أنه ملكه بعقده أما كان يبيع دين مشترك وذلك يقتضي الاشتراك في المقبوض



أجاب بقوله (والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين) يعني ان الاستيفاء يقع بما هو مشترك بل يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذا البيع يقتضى ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى ما على الغريم من نصيبه عند العقد ان تحققت لاتفاق ذلك لان النقود عينا كانت أو دينا لاتعين في العقود واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها زمت في ضمن المعاقدة فلا تعتبر بها أو أما الصلح فليس يلزم به في ذمة المصالح شئ تقع المقاصة به فتعين أن يكون المأخوذ من الدين المشترك فكان التبريك سبيل من المشاركة فيه (وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا) من الصلح عن نصيبه على ثوب واستيفاء نصيبه بالنقود وشراء السلعة بنصيبه (لان حقه في ذمة الغريم باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة) فله أن لا يشاركه) لئلا يتقلب ماله عليه فانه خلف باطل (فلو سلم الساكت للقابض ما قبض ثم نوى ما على الغريم له أن يشارك القابض) في الفصول الثلاثة (لانه رضى بالتسليم ليس له ما في ذمة الغريم ولم يسلم

(قوله) أجاب بقوله والاستيفاء (الخ) أقول فيه تأمل

والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين والشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمة باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه فلو سلم له ما قبض ثم نوى ما على الغريم له أن يشارك القابض لانه رضى بالتسليم ليس له ما في ذمة الغريم ولم يسلم

القابض فقط (قوله والاستيفاء بالمقاصة بين ثمنه وبين الدين) هذا جواب عن سؤال مقدر وهو ان يقال هب أنه ملكه بعقده ولكن كان عقده ببعض دين مشترك وذلك يقتضى الاشتراك في القبض فكيف تقولون لاسبيل للشريك على الثوب في البيع فأجاب بأن الاستيفاء يقع بما هو مشترك بل يخصه من الثمن بطريق المقاصة اذا البيع يقتضى ثبوت الثمن في ذمة المشتري والاضافة الى الغريم من نصيبه عند العقد لان اتفاق ذلك لان النقود عينا كانت أو دينا لاتعين في العقود كذا في عامة الشرع وح قال صاحب النهاية بعد ذلك فان قيل في هذا الجواب ورود سؤال آخر وهو ان قسمة الدين قبل القبض لاتصح وفي المقاصة بين خاص يلزم قسمة الدين قبل القبض قلنا قسمة الدين قبل القبض انما لاتجوز قصد اتمامها فائز وههنا وقعت قسمة الدين في ضمن صحة الشراء كما وقعت في المسئلة الاولى في ضمن صحة المصالحة انتهى كلامه وقد اذنتي أثره صاحب معراج الداية وقال صاحب العناية بعد تقرير السؤال المقدر وجواب المصنف عنه واذا ظهرت المقاصة اندفع ما يتوهم من قسمة الدين قبل القبض لانها زمت في ضمن المعاقدة فلا تعتبر بها انتهى (أقول) في تحرير قول صاحب العناية قصور فانه فرع اندفاع توهم قسمة الدين قبل القبض على ظهور المقاصة مع ان ذلك التوهم انما نشأ من المقاصة اذ لو لم تتحقق المقاصة لزم الاشتراك في الثوب المقبوض في البيع أيضا بناء على الاشتراك فيما أضيف اليه العقد من بعض الدين المشترك فلا يتوهم القسمة قبل القبض أصلا ولهذا فرع غيره ورود السؤال يلزم القسمة قبل القبض على تحقق المقاصة ثم أقول لاحتياج عندي ههنا الى التثبت بجواز القسمة قبل القبض ضمنا اذ لا وجه للتوهم المذكور أصلا لانه ان لم يكن للشريك السالك سبيل على الثوب في البيع بناء على كون استيفاء الشريك القابض في البيع بالمقاصة كان له سبيل على ما استوفاه من الدين المشترك بالمقاصة حيث كان له أن يضمه نصفه وهو ربع الدين فلا مجال لتوهم قسمة الدين قبل القبض ضرورة ان لاسبيل لاحد الشريكين على شئ مما استوفاه الاخر بعد وقوع القسمة لا يقال تلك الضرورة في القسمة القصدية دون الضمنية والتوهم ههنا مطلق قسمة الدين قبل القبض فلا بد من المصير الى أن يقال قسمة الدين قبل القبض قصدا غير لازمة وأما ضمنا فلازمة ولكنها جائزة لاتقول تلك الضرورة فابته فطعا في القسمة الصحيحة بعد أن وقعت سواء كانت قصدية أو ضمنية فلو سلم وقوع قسمة الدين قبل القبض ضمنا ههنا واعترف بصحتها لزم أن لا يكون للشريك السالك سبيل على ما استوفاه القابض من الدين المشترك بالمقاصة أيضا فلزم أن لا يضمه ربع الدين وقد نقرر أن له أن يضمه ذلك فالمسالك الخديج أن لا يسلم لزوم قسمة الدين قبل القبض فيما نحن فيه لا قصدا ولا ضمنا كما قررناه (قوله وللشريك أن يتبع الغريم في جميع ما ذكرنا لان حقه في ذمة باق لان القابض استوفى نصيبه حقيقة لكن له حق المشاركة فله أن لا يشاركه) أقول فيه كلام وهو أنه ان كان حق الشريك السالك باقيا في ذمة الغريم وكان ما استوفاه القابض نصيب نفسه حقيقة كان ثبوت حق المشاركة لساكت فيما استوفاه القابض مشكلا غير معقول المعنى ثم ان هذا المخالف لما ذكر في غاية البيان وغيرها في صدر هذه المسائل من الاصل الصحيح المبرهن عليه بأن يقال الاصل هنا أن الدين المشترك الذي ثبت بسبب واحد لا يشترط أن يكون اذ قبض أحدهما شيئا من ما قبض من النصيبين لا فالرجع لهما من نصيب أحدهما الكناقد قسمنا الدين حال كونه في الذمة وقسمة الدين حال



كما إذا مات المحال عليه مقلبا فان المحتمل يرجع على المحيل لذلك وإذا كان على أحد الشريرين دين بالغريم قبل الدين المشتك فآخر ذلك لم يرجع عليه الشرير لك أنه قاض بنصيبه لا مقتضى بناء على أن آخر الدين قضاء عن أولهما إذا العكس يستلزم القضاء قبل الوجوب والقضاء لا يسبقه (ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه اتلاف وليس بقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام) حتى لا كان لهما على المدينين عشرون درهما فأبرأ أحد الشريرين عن نصف نصيبه كانت المطالبة له بالخمس والساكنة بالعشرة (ولو أبرأ أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف) خلافا لهما قال صاحب النهاية ما ذكره من صفة الاختلاف بخالف لما ذكر في عامة الكتب حيث ذكر قول محمد مع قول أبي يوسف وذلك سهل لجواز أن يكون المصنف قد اطلع على رواية لمحمد مع أبي حنيفة وأبو يوسف اعتبر التأخير لكونه أبرأه مؤقتا بالأبراء المطلق وقال يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز أحد النصيبين عن الآخر بأنصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأجيل وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز بعضه عن بعض ولقائل أن يقول بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أولا فان يتميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وإن لم يتميز بطل قولكم لامتياز أحد النصيبين عن الآخر بكذا وكذا والجواب عنه أن تأخير البعض فيه يستلزم التمييز كما يوجب (٤٩) فيما يستعمل ذلك فيه فغنى قوله

لامتياز أحد النصيبين لاستلزام التأخير الامتياز فان قيل فقد يجوز إبراء أحدهما عن نصيبه وذكر الإبراء بوجوب التمييز يكون بعضه مطلوب أو بعضه لا فيما يستعمل فيه ذلك أوجب بأن القسمة تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الإبراء بموجود فلا قسمة لا يقال لو كان القسمة أمرا وجوديا لم يرفع وانما هي رفع الاشتراك أو الاتحاد أو ما شئت فسمه وذلك عدى فلان سلم أنها تقتضي وجود النصيبين لانا نقول القسمة افرار أحد

ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشرير لك أنه قاض بنصيبه لا مقتضى ولو أبرأه عن نصيبه فكذلك لأنه اتلاف وليس بقبض ولو أبرأه عن البعض كانت قسمة الباقي على ما بقي من السهام ولو أبرأ أحدهما عن نصيبه صح عند أبي يوسف اعتبارا بالأبراء المطلق ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض ولو غصب أحدهما ماعينا منه أو اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض والاستغفار بنصيبه قبض

كونه في الذمة لا تجوز والدليل على ذلك هو أن القسمة تميز الحقوق وذلك لا يتأتى فيما في الذمة ولأن القسمة فيها معنى التليل لأن كل واحد من المقسمين يأخذ نصف حقه ويأخذ الباقي عوضا عما له في يد الآخر وتعليق الدين بغير من في ذمته لا يجوز فاذا ثبت هذا كان المقبوض من الحقين جميعا فكان لشريريه أن يأخذ نصف المقبوض بعينه انتهى فتأمل قال صاحب العناية في تعليل قول المصنف فله أن لا يشاركه لثلاث سبل ماله ماعليه فانه خلف باطل (أقول) فيه نظر لأنه يستلزم أن لا يثبت له حق المشاركة أصلا بل يتعين له عدم المشاركة وهذا ظاهر لزوما وبطلانا (قوله ولو وقعت المقاصة بدين كان عليه من قبل لم يرجع عليه الشرير لك أنه قاض بنصيبه لا مقتضى) أقول فيه شيء وهو أنه يلزم في هذه المقاصة قسمة الدين قبل القبض وهذا لا يجوز وليس ههنا عقد حتى تجوز في ضمنه كما قالوا في صورة البيع اللهم إلا أن تجعل نفس المقاصة نوع عقد أو شبه عقد وتجوز قسمة الدين قبل القبض في ضمنها أيضا (قوله ولا يصح عندهما لأنه يؤدي إلى قسمة الدين قبل القبض) قال صاحب العناية في شرح هذه المقام وقال يلزم قسمة الدين قبل القبض لامتياز أحد النصيبين عن الآخر بأنصاف أحدهما بالحلول والآخر بالتأخير وقسمة الدين قبل القبض لا تجوز لأنه وصف شرعي ثابت في الذمة وذلك لا يتميز

(٧ - تكمله سابق) النصيبين لتكميل المنفعة بما لا يشارك فيه الآخر وذلك يقتضي وجودهما لا محالة وارتفاع الشركة من لوازمه والاعتبار للوضوعات الأصلية (ولو غصب أحدهما ماعينا منه أو اشتراه شراء فاسدا وهلك في يده فهو قبض) لأن ضمان الهالك قصاص بقدره من الدين وهو آخر الدين فيصير قضاء لاول وكذا إذا استأجر من الغريم بنصيبه دار أو سكنها فأراد شريكه اتباعه كان له ذلك لأنه صار مقتضا بنصيبه وقد قبض ماله حكم المال من كل وجهه لأن ما عدا منافع البضع من المنافع جعل مالا من كل وجهه عند ورود العقد عليها

(قوله والجواب عنه أن تأخير البعض فيه الخ) أقول اختيار الشق الثاني ثم الغمير في قوله فيه راجع إلى الدين (قوله فان قيل فقد يجوز إبراء أحدهما الخ) أقول ويجوز أن يقرر السؤال بأن تصحيح الإبراء عن نصيبه يستلزم تميز الدين في ذمته قبل الإبراء والافكيف تعلق الإبراء بنصيبه خاصة فليتنامل في جوابه (قوله أوجب بأن القسمة تقتضي الخ) أقول ولو أوجب بأن المحال قسمة الدين في الذمة ولا يلزم ذلك في صورة الإبراء لم يحتج إلى ذلك التطويل (قوله لم يرفع) أقول يعني من اقتضاء وجود النصيبين (قوله فلان سلم أنها الخ) أقول لعل هذا المنع خارج عن قانون التوجيه

(وكذا الاحراق عند محمد خلافا لابي يوسف) وصونه ما اذا رمى النار على ثوب المديون فأخرقه وهو يساوي نصيب المحرق وأما اذا أخذ الثوب ثم أحرقه فان الشريك الساكن أن يتبع المحرق بالإجماع لعمد رجه الله ان الاحراق اتلاف لمال مضمون فكان كالنصب والمديون صار قاضيا لنصيبه بطريق المقاصة فيجعل المحرق مقتضيا لابي يوسف رجه الله أنه متلف نصيبه بمقتضى ما لا قبض لان الاحراق اتلاف فكان هذا تطورا لجنابة (٥٠) فإنه لو جنى على نفس المديون حتى سقط نصيبه من الدين لم يكن الا خرا

وكذا الاحراق عند محمد رجه الله خلافا لابي يوسف رجه الله والتزوج به اتلاف في ظاهر الرواية وكذا الصلح عليه من جنابة العمد قال (واذا كان السلم بين شريكين فصالح أحدهما من نصيبه على رأس المال لم يحز عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله

بعضه عن بعض ولقائل أن يقول بتأخير البعض هل يتميز أحد النصيبين عن الآخر أو لا فان تميز بطل قولكم وذلك لا يتميز بعضه عن بعض وان لم يتميز بطله ولكم لا تميزا لأحد النصيبين عن الآخر يكذا وكذا والجواب عنه أن تأخير البعض فيه يستلزم التمييز كرماء وجهه فيما يستحيل ذلك فيه بمعنى قوله لا تميزا لأحد النصيبين لاستلزام التأخير لا تميزا فان قيل فقد جوزوا إبراء أحدهما عن نصيبه وذكر الإبراء يوجب التمييز بكون بعضه مطلوبا وبعضه لا فيما يستحيل فيه ذلك وأجيب بأن القسمة تقتضي وجود النصيبين وليس ذلك في صورة الإبراء بوجود فلا قسمة الى هنا كلامه (أقول) في الجواب الثاني بحث لان عدم تحقق القسمة في صورة الإبراء بسبب عدم تحقق مقتضاها لا يدفع السؤال الثاني لان حاصله نقض ما ذكر في الجواب الاول بأن ذكر ما يوجب التمييز بتحقيق في صورة الإبراء أيضا فلو استلزم مجرد ذلك قسمة الدين قبل القبض في صورة التأخير لاستلزمها في صورة الإبراء أيضا وأما عدم تحقق القسمة بسبب تخلف مقتضاها فأمر مشترك بين الصورتين لان القسمة كما تقتضي وجود النصيبين كذلك تقتضي كون كل واحد من النصيبين قابلا للتميز عن الآخر وتميز بعض الدين عن بعض غير متصور فلا قسمة في الدين لافي صورة الإبراء ولا في صورة التأخير كيف ولو أمكن القسمة في الدين لما بطلت قسمة الدين قبل القبض فاذا لم تتصور حقيقة القسمة في الدين لافي صورة الإبراء ولا في صورة التأخير بقي أصل النقض على حاله فتدبر (قوله وكذا الصلح عليه من جنابة العمد) قال في النهاية ومعراج الدرر في قبيل انما قيد بجنابة العمد لان في جنابة الخطأ يرجع ولكن ذكر في الايضاح مطلقا فقال ولو وجب الطالب المطلوب موضحة فصالحه على حصته لم يلزمه لشريكه شيء لان الصلح عن الموضحة بمنزلة الشكاح انتهى وقال في العناية بعد ذكر ما فيها وأرى أنه قيده بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا لشيء انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان العاقلة لا تعقل صلحا على ما سيجي في انتهى (أقول) هذا ساقط جدا لان العاقلة انما لا تعقل الارش الذي يجب بالصلح وهو الذي يجي في كتاب الديات ولا يكون ذلك الا في الصلح عن جنابة العمد وانما مراد صاحب العناية ههنا أن الارش قد يلزم العاقلة بجنابة الخطأ ثم يصلح عنه على مال أعطاه الجاني ففي مثله اذا وقع الصلح على نصيب الجاني من الدين المشترك لم يكن الجاني المصالح مقتضيا لشيء اذا الارش لم يلزمه حتى يكون مقتضيا له بل قد لزم العاقلة فأين ما أراد مما أورده ذلك الراد ثم أقول بقي كلام فيما قاله صاحب العناية أما أولا فلان القاتل يدخل مع العاقلة عند ما يكون فيما يؤدي كأحدهم على ما يجي في كتاب المعاقلة فلم يتم قوله فلم يكن مقتضيا لشيء اذ قد كان مقتضيا لغيره ان يؤديه مع العاقلة وأما ثانيا فلان ما ذكره انما يقتضي اطلاق الجنابة لا تعقيد بها بالعمد فان المصالح اذا لم يكن مقتضيا لشيء لم يلزم أن لا يرجع شريكه

يرجع عليه بشئ فكذا اذا جنى بالاحراق واذا تزوج بنصيبه من الدين لم يرجع عليه الشريك في ظاهر الرواية لانه لم يقبض من حصته شيئا مضمونا يقبل الشركة فانه ملك به البضع وانه ليس بمال مقسوم ولا مضمون على أحد فكان كالجنابة وروى بشر عن أبي يوسف أنه يرجع لأن التزوج وان كان بالنصيب لفظا فهو بمنزلة معنى فيكون دين المهر الواجب للمرأة آخر الدينين فيه يرقضه للاول فيفتحق القضاء والاقضاء والصلح على نصيبه بجنابة العمد اتلاف كالزواج به لانه لم يقبض شيئا قابلا للشركة بل أتلّف نصيبه قبل وانما قيد بقوله عمد لانه في الخطأ يرجع عليه وأطلق في الايضاح فقال ولو وجبه موضحة فصالحه على حصته لم يلزم الشريك شيء لان الصلح عن الموضحة بمنزلة الشكاح وأرى أنه قيده بذلك لان الارش قد يلزم العاقلة فلم يكن مقتضيا لشيء قال (واذا كان السلم

بين شريكين الخ) اذا سلم رجلان رجلا في كرحضة فصالح أحدهما مع المسلم اليه على أن يأخذ نصيبه من رأس المال ويفسخ عقد السلم في نصيبه لم يحز عند أبي حنيفة ومحمد الا باجازه الاخر فان أجاز جاز وكان المقبوض من رأس المال مشتركا بينهما ما بقي من السلم مشترك بينهما ما وان لم يحز به فالصلح باطل

(قوله فيحقق القضاء والاقضاء) أقول أي القضاء من المرأة والاقضاء من الرجل (قوله لان الارش قد يلزم العاقلة الخ) أقول فيه ان العاقلة لا تعقل صلحا على ما سيجي

وقال أبو يوسف جاز اعتباراً بسائر الديون فإن أحد الدائنين إذا صالح المدين عن نصيبه على بدل جاز وكان الآخر مخيراً بين أن يشاركه في المقبوض وبين أن يرجع على المدين بنصيبه كذلك ههنا (وعما إذا اشترى عبداً فأقال أحدهما في نصيبه) بجامع أن هذا الصلح أقاله وفسخ لعقد السلم ولا يـ حنيفة ومحمد وجهان أحدهما أنه لو جاز فأما أن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين فإن كان الأول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تطهر إلا بالتميز ولا تميز إلا بالقسمة وقد تقدم بطلانها وإن كان الثاني فلا بد من إجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه وقوله بخلاف شراء العين جواب عن قياس أبي يوسف المتنازع على شراء العبد وتقريره بخلاف شراء العين فإنما إذا اشترى نافية الشق الأول من التردد لم يلزم المحذور والمذكور فيه في السلم وهو قسمة الدين في الذمة واستظهر المصنف بقوله وهذا لأن المسلم فيه يعني أن المسلم فيه في ذمة المسلم إليه انحصار واجبا بعقد السلم والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه والثاني أنه لو جاز الصلح لشاركه في المقبوض من رأس المال لأن الصفقة واحدة وهي (٥١) مشتركة بينهما وإذا أشار كه فيه

يرجع المصالح على من عليه  
بالقدر الذي قبضه الشريك  
حيث لم يسلم له ذلك القدر  
وقد كان ساقطاً بالصلح ثم عاد  
بعد سقوطه واعترض  
بأن هذا المعنى موجود في  
الدين المشترك إذا استوفى  
أحدهما نصفه فإذا شاركه  
صاحبه في النصف يرجع  
المصالح بذلك على الغريم  
وفيه عود الدين بعد سقوطه  
وأجيب بأنه أخذ بدل الدين  
وأخذه يؤذن بتقرير  
المبدل لا بسقوطه بل  
بتقاصن وبثبوت لكل واحد  
منهما دين في ذمة صاحبه  
لأن الدين تقضى بأمثالها  
وفي السلم يكون فسخاً  
والمفسوخ لا يعود بدون  
تجديد السبب (قالوا) أي  
المتأخرون من مشايخنا (هذا)  
الاختلاف بين علمائنا

وقال أبو يوسف رحمه الله يجوز الصلح اعتباراً بسائر الديون وعما إذا اشترى عبداً فأقال أحدهما في نصيبه ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر بخلاف شراء العين وهذا لأن المسلم فيه صار واجباً بالعقد والعقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ولأنه لو جاز لشاركه في المقبوض فإذا أشار كه فيه يرجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه قالوا هذا إذا اخطأ رأس المال فإن لم يكونا قد اخطأا فعلى الوجه الأول هو على الخلاف وعلى الوجه الثاني هو على الاتفاق

عليه كما في الصلح عن جنابة العمد فلم يظهر للتقييد وجه فليتأمل (قوله ولهما أنه لو جاز في نصيبه خاصة يكون قسمة الدين في الذمة ولو جاز في نصيبهما لا بد من إجازة الآخر) يعني أنه لو جاز فأما أن جاز في نصيبه خاصة أو في النصف من النصيبين فإن كان الأول لزم قسمة الدين قبل القبض لأن خصوصية نصيبه لا تطهر إلا بالتميز ولا تميز إلا بالقسمة واللازم باطل وإن كان الثاني فلا بد من إجازة الآخر لتناوله بعض نصيبه (أقول) فيه نظر أما أولاً فلأن هذا الدليل منقوض بسائر الديون لأنه جارٍ فيها بعينه كما لا يخفى مع تخلف الحكم المذكور وهو عدم جواز الصلح كما تقرر في دليل أبي يوسف وأما ثانياً فلأن قسمة الدين في الذمة انما لا يجوز إذا كانت قصداً وأما إذا كانت ضمناً فقبوز كما صرحوا به وقد مر من قبل وفي الشق الأول من التردد المذكور انما لزم قسمة الدين قبل القبض في ضمن عقد الصلح فلا محذور في اللازم (قوله ولأنه لو جاز لشاركه في المقبوض فإذا أشار كه فيه يرجع المصالح على من عليه بذلك فيؤدي إلى عود السلم بعد سقوطه) قال صاحب العناية أخذنا من شرح تاج الشريعة واعترض بأن هذا المعنى موجود في الدين المشترك إذا استوفى أحدهما نصفه فإذا أشار كه صاحبه في النصف يرجع المصالح بذلك على الغريم وفيه عود الدين بعد سقوطه وأجيب بأنه أخذ بدل الدين وأخذه يؤذن بتقرير المبدل لا بسقوطه بل بتقاصن وبثبوت لكل واحد منهما دين في ذمة صاحبه لأن الدين تقضى بأمثالها وفي السلم يكون فسخاً والمفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب انتهى كلامه (أقول) لمعترض

انما هو (إذا اخطأ رأس المال) وعقد عقد السلم وأما إذا لم يخطأ فقال بعضهم هو على هذا الاختلاف أيضاً وهو لا نظر والى الوجه الأول وهو قوله العقد قام بهما فلا ينفرد أحدهما برفعه ولا فرق في ذلك بين أن يكون رأس المال مخلوطاً أو غيره وقال آخرون هو على الاتفاق في الجواز وهو لا نظر والى الوجه الثاني وهو قوله لو جاز لشاركه في المقبوض لأن ذلك باعتبار شر كتهما في المقبوض ولا مشاركة عند انفراد كل منهما بما يخصه من رأس المال ومنشأ اختلاف المتأخرين في أن اختلاف المتقدمين في صورة خلط رأس المال أو على الإطلاق إن محمداً ذكر الاختلاف في البيوع مع ذكر الخلط وذكر في كتاب الصلح مع تصريح عدم الخلط أن الآخر لا يشاركه فيما قبض المصالح في قول أبي يوسف ولم يذكر قول أبي حنيفة ومحمد فظن بعضهم أن تركه لاجل الاتفاق وقيل وليس بسديد لأن الموجب للشركة في المقبوض هو الشركة في دين السلم باتحاد العقد وهو لا يختلف فيما خلط أو لم يخلط

(قوله يرجع المصالح الخ) أقول إطلاق المصالح يجوز إلا أن يكون المراد الاستيفاء بطريق الصلح (قوله وقيل وليس بسديد) أقول الفائل هو الخبر الذي نقلنا عن الأوضح

**فصل في التخرج** في التخرج تفاعل من الخروج وهو أن يطلع الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بمال معلوم ووجه تأخير ماله وقوعه فانه قبل يرضى أحدان يخرج من الميراث بقدر ما يستحقه وسببه طلب الخراج من الورثة ذلك عند رضا غيره وله شرط نذكر في أثناء الكلام وتصوير المسئلة كراهة في مختصر الضوء والرسالة قال (واذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم (الخ) وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه حال كون التركة عقاراً أو عروضا جازل ما أعطوه أو أكثر وقيد بذلك لانها لو كانت من النقود كان هنالك شرط سند كره وهذا لانه أمكن تصحيحه بعاو البيع يصح بالقبول والكثير من الثمن ولم يصح جعله إبراء لان الإبراء من الاعيان غير المضمونة لا يصح (٥٣) فان قيل لو كان بيعا لشرط معرفة مقدار حصته من التركة لان جهالة تفسد

**فصل في التخرج** (واذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بمال أعطوه إياه والتركة عقاراً أو عروضا جازل ما أعطوه إياه أو كثيراً) لانه أمكن تصحيحه بعاو فيه أثر عثمان فانه صالح تناضرا لا تنجسية امرأته عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمانين ألف دينار أن يعود ويقول هذا المعنى موجوداً أيضاً إذا اشترياً عبداً قال أحدهما في نصيبه والفرق للذكور في الجواب المزبور لا يتشبه فيه لان الاقالة تفسخ عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقد ذكر في آخر الجواب أن المفسوخ لا يعود بدون تجديد السبب ولم يبعد السبب في تلك الصورة قطعاً فينتقض الدليل المذكور بها ويمكن الجواب عنه بمنع جريان قوله لو جازل شاركه في المقبوض في صورة الاقالة في العين سواء على جواز تفرد أحدهما بالرفع في العين كما فهم من قول المصنف بخلاف شراء العين وهذا لان المسلم فيه صار واجبا بالعقد والعقد قائم بهما فلا يتفرد أحدهما برفعه فلم يوجد المعنى المذكور في تلك الصورة فلا انتقاض بها تأمل تقف

**فصل في التخرج** في التخرج تفاعل من الخروج ومعناه أن يتصلح الورثة على إخراج بعضهم من الميراث بشئ معلوم وانما آخره لقلة وقوعه اذ قبل يرضى أحدان يخرج من الميراث بقدر ما يستحقه نصيبه أو لوقوعه بعد الحياة (قوله وفيه أثر عثمان رضي الله عنه فانه صالح تناضرا لا تنجسية امرأته عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه عن ربع ثمانين ألف دينار) قال في غاية البيان والاصل في جواز التخرج ما روى محمد بن الحسن في الاصل في أول كتاب الصلح عن أبي يوسف عن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس ان احداً من بني عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن يخرجوها من الميراث وقال محمد أيضاً حدثنا أبو يوسف عن حدثه عن عمرو بن دينار عن ابن عباس انه قال بتخرج أهل الميراث وكذلك روى الحارث بن عوف عن الشهد عن عمرو بن دينار ان احداً من بني عبد الرحمن بن عوف صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن يخرجوها من الميراث وقد أثبت شمس الأئمة السرخسي وعلاء الدين الاسيحي في شرح الكافي لفظ الكافي كافي من غير تغيير إلا أن شمس الأئمة السرخسي قال وهي تناضرا كان طلقها في مرضه فاختلف الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فظلمها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءاً من التركة فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزءاً وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفاً وقد روى محمد الآلاف مطلقاً ولم يفسر أنها ادراهم أو دنانير وز كر ثلاثة قبل الثمانين ولم يذكر اسم المصلحة ولم يذكر أن عبد الرحمن عن كم نسوة مات وصاحب الهداية لم يذكر الثلاثة قبل الثمانين وفسر الثمانين بالدينار

البيع أجيب بأن الجهالة المفضية الى النزاع تفسد البيع لا متناعه عن التسليم الواجب بمقتضى البيع وهذا الاحتجاج الى تسليم فلا يفتى الى المنازعة فصار كمن أقر أنه غصب من فلان شيئاً واشتراه من المقر له جازواً لم يعلم مقدار له وفي جواز التخرج مع جهالة المصالح عنه أثر عثمان وهو ما روى محمد بن الحسن عن حدثه عن عمرو بن دينار أن احداً من بني عبد الرحمن بن عوف رضي الله عنه صالحوها على ثلاثة وثمانين ألفاً على أن يخرجوها من الميراث وهي تناضرا كان طلقها في مرضه فاختلف الصحابة في ميراثها منه ثم صالحوها على الشطر وكانت له أربع نسوة وأولاد فظلمها ربع الثمن جزء من اثنين وثلاثين جزءاً من التركة فصالحوها على نصف ذلك وهو جزء من أربعة وستين جزءاً

وأخذت بهذا الحساب ثلاثة وثمانين ألفاً ولم يفسر ذلك في الكتاب وذكر في كتب الحديث ثلاثة وثمانين ألف دينار الى

**فصل في التخرج** (قوله ووجه تأخير ماله وقوعه) أقول ويجوز أن يكون التأخير لاختصاصه بتركة الميت (قوله وقيد بذلك (الخ) أقول أشار بقوله بذلك الى نسوة حال كون التركة عقاراً (الخ) (قوله صالحوها) أقول الغمير في قوله صالحوها راجع الى احداً من النساء (قوله وهي تناضرا الى قوله ولم يفسر ذلك في الكتاب) أقول هذا الكلام الى قوله وثمانين ألف دينار ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح المبسوط وأراد بالكتاب المبسوط وانما كتبت هذا التلخيص هو ان المراد بالكتاب الهداية ويعترض على الشارح بأنه مفسر فيه كما فعله البعض ثم قوله ولم يفسر ذلك في الكتاب يعني لم يفسر محمد في مبسوطه



وان كانت التركة فضة فأعطوه ذهابا وبالعكس جاز لا يبيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي لكن يعتبر القبض في المجلس لكونه صرفا غير ان الوارث الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا لكونها في يده يكتفي بذلك القبض أي القبض السابق لانه قبض ضمان فينبوب عن قبض الصلح والاصل في ذلك انه متى تجانس القبضان بأن يكونا قبض أمانة أو قبض ضمان ناب أحدهما من باب الآخر أما إذا اختلفا فالمضمون ينوب عن غيره دون العكس فأما إذا كان الذي في يده بقية التركة فانه لا بد من تجديد القبض وهو الانتهاء الى مكان يتمكن من قبضه لانه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وان كانت التركة ذهابا فضة وغير ذلك فصالحوه على أحد التقدين فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس ليكون نصيبه بطلان والزيادة بحقه من بقية التركة) فان كان مساويا لنصيبه أو أقل أو لا يعلم مقدار نصيبه بطل الصلح لوجود الرأيا أما إذا كان مساويا لأقل زيادة العروض وإذا كان أقل فلز بزيادة العروض وبعض الدراهم وان كان مجهولا ففيه شبهة ذلك فتعذر تحججه بطريق المعاوضة ولا يصح بطريق البراءة أيضا لما روينا من التقاض فيما يقابل حصته من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر وقيل بطلان الصلح على مثل نصيبه أو أقل من الدراهم لانه التصديق أما إذا ادعت ميراث زوجها أو أنكر الورثة الزوجية فصالحوه على أقل من نصيبها (٥٣) من المهور والميراث جاز لان المدفوع اليها

حينئذ لقطع المنازعة ولا تداء البين وليس ذلك ربا (ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا) قل أو كثر وجد التقاض في المجلس أولا ولو كانت التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح كذلك جاز كيفما كان صرفا للجنس الى خلافه كما في البيع لكن لا بد من القبض في المجلس لكونه صرفا قال (وإذا كان في التركة دين على الناس الخ) وإذا كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا من صالح عن الدين ويكون الدين لهم فهو باطل في الدين والعين جميعا ما في الدين

قال (وان كانت التركة فضة فأعطوه ذهابا أو كان ذهابا أعطوه فضة فهو كذلك) لانه يبيع الجنس بخلاف الجنس فلا يعتبر التساوي ويعتبر التقاض في المجلس لانه صرف غير ان الذي في يده بقية التركة ان كان جاحدا يكتفي بذلك القبض لانه قبض ضمان فينبوب عن قبض الصلح وان كان مقرا لا بد من تجديد القبض لانه قبض أمانة فلا ينوب عن قبض الصلح (وان كانت التركة ذهابا فضة وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بطلان والزيادة بحقه من بقية التركة) احتراز عن الرأيا ولا بد من التقاض فيما يقابل نصيبه من الذهب والفضة لانه صرف في هذا القدر ولو كان بدل الصلح عرضا جاز مطلقا لعدم الرأيا ولو كان في التركة دراهم ودنانير وبدل الصلح دراهم ودنانير أيضا جاز الصلح كيفما كان صرفا للجنس الى خلاف الجنس كما في البيع لكن يشترط التقاض للصرف قال (وإذا كان في التركة دين على الناس فأدخلوه في الصلح على أن يخرجوا المصالح عنه ويكون الدين لهم فالصلح باطل) لان فيه تعليق الدين من غير من عليه وهو حصة المصالح (وان شرطوا أن يبرأ الغرماء منه ولا يرجع عليهم بنصيب المصالح فالصلح جائز) لانه اسقاط وهو تعليق الدين عن عليه الدين وهو جائز وهذه حيلة الجواز وأخرى أن يجعلا قضاء نصيبه متبرعا

الى هنا لفظ غاية البيان وهذا بسط ما ذكر في جملة الشروح ههنا غمرا أنه ذكر في سائر الشروح أنه ذكر في كتب الحديث ثلاثة وعشرين ألف دينار (قوله وان كانت التركة فضة وذهبا وغير ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة فلا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بطلان والزيادة بحقه من بقية التركة احتراز عن الرأيا) أما إذا كان ما أعطوه أقل من نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لانه تبقى الزيادة على الأخوة من جنس ذلك ومن غير جنسه خالية عن العوض وكذلك

فلان فيه تعليق الدين من غير من عليه الدين وهو حصة المصالح وأما في العين فلا يحاد الصفقة والحيلة في الجواز أن يشترطوا على أن يبرأ الغرماء منه ولا ترجع الورثة عليهم بنصيب المصالح فانه اسقاطا وتعليق الدين من عليه الدين وهو جائز (وأخرى أن يجعلا قضاء نصيبه من الدين متبرعا)

قال المصنف (وإذا كان في التركة الى قوله فالصلح باطل) أقول قال الكافي أي في الكل في العين والدين أما في الدين فليكونه على الدين من غير من عليه الدين وأما في العين فلا يحاد الصفقة وفي مبسوط شيخ الاسلام وهذه المسئلة ترد نقضاً على أبي يوسف ومحمد فيما إذا أسلم حنطة في شعير أو زيت حيث قال لا يصح في حصة الزيت ويفسد في حصة الشعير وههنا فساد الكل وهذا مما ينفذ وفي الكافي قيل هذا عند أبي حنيفة وأما عندهما بقي العقد صحيحا والدين وقيل هو قول الكل والفرق لهما أن يبيع الدين باطل لا فاسد فصار كبيع الحر والخن يثن واحد انتهى فظهر مما في الكافي جواب نقض شيخ الاسلام خواهر زاده فليتامل ثم ان عبارة المصالح في قول المصنف على ان يخرجوا المصالح عنه بكسر اللام على صيغة اسم الفاعل



وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة والوجه أن يقرضوا المصالح مقدار نصيبه ويصلحوا عمارا والدين  
ويجملهم على استيفاء نصيبه من الغرماء

إذا كان ما أعطوه مثل نصيبه من ذلك الجنس فلا يجوز الصلح لأنه تبقى الزيادة على المأخوذ من جنس ذلك  
ومن غير جنسه خالية عن العوض فتعذر تجوز بطريق المعاوضة في هاتين الصورتين للزوم  
الربا ولا يصح تجوز بطريق الإبراء عن الباقي أيضا لأن التركة عين والإبراء عن الأعيان باطل كذا في  
الذخيرة وفي كثير من شروح هذا الكتاب (أقول) عدم صحة تجوز بذلك بطريق الإبراء عن الباقي  
منظور فيه عندى لأن الإبراء عن نفس الأعيان وإن كان باطلا إلا أن البراءة عن دعوى  
الأعيان صحيحة كما صرحوا به وقد مر في الكتاب فلم لا يصح تجوز الصلح على الأقل أو المثل فيما نحن فيه  
بطريق البراءة عن دعوى الباقي وحمل كلام العاقل على الصحة واجب مهما أمكن فإن قلت قدمر  
في الكتاب أنه لو ادعى دارا فصالح على قطعة منها لم يصح الصلح لأن ما قبضه عين حقه وهو على دعواه في  
الباقي وما نحن فيه تطهير تلك المسئلة فإذا لم يصح الصلح هناك فكيف يصح ههنا قلت قدمر أيضا  
في الشروح هناك أن ما ذكر جواب غير ظاهر الرواية وأما في ظاهر الرواية فإنه يصح وقد ذكر  
في الذخيرة وفي فتاوى قاضيان أيضا اختلاف جواب ظاهر الرواية وجواب غير ظاهر الرواية  
في تلك المسئلة حتى قال في الذخيرة هناك وجه ظاهر الرواية أن الإبراء لا في عينه ودعوى الإبراء  
عن الدعوى صحيح وإن كان الإبراء عن العين لا يصح وأما فيما نحن فيه فالجواب عدم صحة الصلح رواية  
واحدة لا غير على ما ذكر في جميع الكتب فيرد عليه ما أورده من النظر كما لا يخفى وقال الحاكم أبو  
الفضل أنما يبطل الصلح عن مثل نصيبه من الدراهم على أقل من نصيبه من الدراهم حالة التصديق وأما  
حالة المناكرة فالصلح جائز لأن حالة المناكرة المعطى يعطى المال لقطع المنازعة ويقضى به عينه فلا يمكن  
الربا كذا في الذخيرة والتمتة ونقل عنهما في النهاية ومعراج الدراية وقال الامام علاء الدين الأسدي  
في شرح الكافي للحاكم الشهيد قال أبو الفضل يعني الحاكم الشهيد أنما يبطل الصلح على أقل من نصيبه  
من العين في حالة التصديق أما في حالة المناكرة فالصلح جائز لأنه إن لم يمكن تصحيحه معاوضة يمكن تصحيحه  
اسقاطا ثم قال الامام الأسدي والصحيح أنه باطل في الوجهين لأنه لا يكون معاوضة في حق المدعي  
فيدخل فيه معنى الربا من الوجه الذي قلنا انتهى وهكذا نقل عنه في غاية البيان وقال الامام فخر  
الدين قاضيان في فتاواه قال الحاكم الشهيد أنما يبطل الصلح على أقل من حصته من مال الربا في حالة  
التصادق أما في حالة الجحود والمناكرة يجوز الصلح ووجه ذلك أن في حالة الانكار ما يؤخذ لا يكون بدلا في  
حق الأخذ ولا في حق الدافع انتهى كلامه (أقول) في الوجه الذي ذكره قاضيان إشكال لأن عدم  
كون المأخوذ بدلا في حق الدافع ظاهر مسلم وأما عدم كون ذلك بدلا في حق الأخذ ممنوع فإن قلت أنما  
لا يكون المأخوذ بدلا في حق الأخذ أيضا لا مكان تصحيح هذا الصلح بدون الحمل على المعاوضة بمحملة على  
أخذ عين الحق في قدر المأخوذ واسقاط الحق في الباقي كما قالوا في الصلح عن الدين بأقل من جنسه  
قلت الكلام في الصلح عن أعيان التركة والإبراء عن الأعيان باطل على ما صرحوا به فلو أمكن  
تصحيح هذا الصلح في حالة المناكرة بمحملة على أخذ بعض الحق واسقاط بعضه إلا أن خلافا يمكن  
تصحيحه في حالة التصديق أيضا ذلك الطريق لعدم الفارق بين الحالتين في ذلك المعنى قطعاً وقد أجمعوا  
على عدم إمكان تصحيحه أصلاً في حالة التصديق نعم بقي لنا الكلام في هذا المقام بأنه لم يجوز تصحيح هذا  
الصلح في الحالة عين معاملة على البراءة من دعوى الباقي من أعيان التركة لأن نفس تلك الأعيان  
والباطل هو الثاني دون الأول كما قررناه من قبل (قوله وفي الوجهين ضرر ببقية الورثة) لعدم

وفي الوجهين ضرر ببقية  
الورثة) أما في الوجه الأول  
فلأن بقية الورثة لا يمكنهم  
الرجوع على الغرماء وفي  
الوجه الثاني لزوم النقد  
عليهم بمقابلة الدين الذي هو  
نسيئته والنقد خير من  
النسيئة (والوجه أن  
يقرضوا المصالح مقدار  
نصيبه ويصلحوا عمارا  
الدين ويجمل الورثة على  
استيفاء نصيبه من الغرماء

قال المصنف (وفي الوجهين  
ضرر ببقية الورثة) أقول  
قال في الكفاية لعدم  
رجوعهم على الغرماء انتهى  
هذا هو الحق لا ما في سائر  
الشروح من لزوم النقد  
بالتسوية في الصورة الثانية  
أذ لا نسبية عند التسرع  
فليتأمل (قوله وفي الوجه  
الثاني لزوم النقد عليهم)  
أقول فيه بحث

ولولم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكبل والموزون قبل لا يجوز لاحتمال الربا

رجوعهم على الغرماء كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وقالوا في سائر الشروح أما في الوجه الأول  
فإن بقية الورثة لا يمكنهم الرجوع على الغرماء وفي الوجه الثاني لزوم النقد عليهم عقابا للدين الذي  
هو نسيئة والنقد خير من النسيئة انتهى قال بعض الفضلاء بعد نقل المعنى الأول عن الكفاية هذا  
هو الحق لا ما في سائر الشروح من لزوم النقد بالنسيئة في الصورة الثانية إذ لا نسيئة عند التبرع فليستأمل  
انتهى (أقول) قد يكون التبرع في نفس المال بأن يعطيه على أن لا يأخذ عينه ولا بدله من بعد وقد  
يكون في نقده ونجيمه بأن يعطيه في الحال عند عدم وجوب إعطائه عاجلا عليه وهذا لا ينافي أن  
يأخذ عينه أو بدله في الآجل فلما كان قول المصنف في الوجه الثاني متبرعين محتملا لكل واحدة  
من صورتين التبرع جملة بعض الشراح على الصورة الأولى لتبادرها ففسر بقية الورثة في الوجهين  
مع عدم رجوعهم على الغرماء وجملة أكثر الشراح على الصورة الثانية لقلة الضرر فيها وتفاخش  
الضرر في الصورة الأولى ففسر والضرر في الوجهين بالمعنيين المختلفين فقول ذلك القائل في الرد عليهم  
إذ لا نسيئة في التبرع ناشئ من الغفول عن الصورة الثانية للتبرع واعلم أن صدر الشريعة جملة هذا  
الوجه الثاني في شرح الوقاية على ما حمل عليه أكثر شراح هذا الكتاب حيث قال والثانية إن بقية  
الورثة يؤدون إلى المصالح نصيبه نقدا ويحبل لهم حصته من الدين على الغرماء وفي هذا الوجه يتضرر  
بقية الورثة لأن النقد خير من الدين انتهى ولكن خالف في توجيه الوجه الأول صاحب الهداية  
وشراح كتابه فاطبة وسائر المحققين كصاحب الكافي وغيره حيث قال الحيلة الأولى أن يشترطوا  
أن يبرئ المصالح الغرماء عن حصته من الدين ويصالح عن أعيان التركة بعمال وفي هذا الوجه فائدة  
لبقية الورثة لأن المصالح لا يبقى له على الغرماء حق لأن حصته تصير لهم انتهى كلامه (أقول) فيه  
بحث لأن ما ذكره انما يثبت الفائدة للغرماء لا بقية الورثة فإن قيل إذا لم يبق للمصالح على الغرماء  
حق يسهل للغرماء أداء حصص بقية الورثة فيحصل من هذه الجهة فائدة بقية الورثة قلنا إن حصل  
لهم فائدة من تلك الجهة يحصل لهم الضرر من جهة أن حصص المصالح لا تصير لهم فقوله لأن حصته  
تصير لهم حجة عليه لاه فلا وجه لذكره في تعليل فائدة بقية الورثة ثم إن صاحب الإصلاح والإيضاح  
زاد في الظن بورنعة حيث قال في هذا المقام وفي هذا الوجه نوع ضرر سائر الورثة حيث لا يمكنهم  
الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح ونوع نفع لهم حيث لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فنقصان  
ذلك الضرر يجبرهم هذا النفع وقال في حاشيته فيه دخل لصاحب الهداية حيث اعتبر الضرر المذكور  
ولم يعتبر بالنفع وأصدر الشريعة حيث عكس انتهى (أقول) فيه أيضا بحث إذ لا يخفى على  
اللفظ أن عدم تمكن سائر الورثة من الرجوع على الغرماء بقدر نصيب المصالح وضياع ذلك القدر من  
مال التركة بالكلية ضرر فاحش لهم لا يجبر بمجرد أن لا يبقى للمصالح حق على الغرماء فإن النفع فيه  
سائر الورثة أمر وهمي من جهة تأديه إلى سهولة أداء الغرماء فاحصص باقي الورثة فأين هذا من ذلك فالحق  
ما ذكره صاحب الهداية (قوله ولولم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكبل  
والموزون قبل لا يجوز لاحتمال الربا) بين هذا في كثير من الشروح بأن كان له في التركة مكبل أو موزون  
ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أقل وهكذا في الذخيرة أيضا (أقول) فيه خلل لأن نصيبه من ذلك إذا  
كان أقل من بدل الصلح لا يلزم الربا إذ يكون نصيبه من ذلك حينئذ بعملة من بدل الصلح ويكون زيادة البديل  
بحقه من بقية التركة كما مر في الكتاب كما إذا كانت التركة فضة وذهب وغير ذلك فصالحوه على ذهب  
أو فضة من أنه لا بد أن يكون ما أعطوه أكثر من نصيبه من ذلك الجنس حتى يكون نصيبه بعملة الزيادة

ولولم يكن في التركة دين  
وأعيانها غير معلومة  
والصلح على المكبل  
والموزون قبل لا يجوز  
لاحتمال الربا وهو قول  
الشيخ الامام ظهير الدين  
المسري غنياني بأن كان في  
التركة مكبل أو موزون  
ونصيبه من ذلك مثل بدل  
الصلح أو أقل

أكثر مما أخذ أو أقل ففيه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة (ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة) فصالحوا على مكيل أو موزون أو غير ذلك (قيل) لا يجوز لكونه بيعاً) إذ لا يصح أن يكون إبراء (لأن المصالح عنه عيب) والبراء عن العيب لا يجوز وإذا كان بيعاً كانت الجاهلة مانعة (وقيل يجوز وهو الأصح لأنها ليست عطفية إلى النزاع لقيام المصالح عنه في بدقية الورثة) فإتاحة احتياج إلى التسليم حتى يفضى إلى النزاع حتى لو كان بعض التركة في يد المصالح ولا يعلمون مقداره لم يجز احتياجه إلى ذلك وإن كان على الميت دين فإما أن يكون مستغفراً أو غير فني الأول لا يجوز الصلح ولا القسمة لأن الوارث لم يتلحق بالتركة وفي الثاني لا ينبغي أن يصلحوا ما لم يقضوا دينه لتقديم حاجة الميت ولو فعلوا فالواجب أن لا يجوز استحصاناً ولا يجوز قياساً وجه الاستحصان أن الدين يجمع تمام الوارث إذا من جزء أو هو مشغول بالدين فلا يجوز القسمة قبل قضائه

وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة ولو كانت التركة غير المكيل والموزون لكنها أعيان غير معلومة قيل لا يجوز لكونه بيعاً إذا المصالح عنه عين والأصح أنه يجوز لأنه لا تنفص إلى المنازعة لقيام المصالح عنه في بدالبقية من الورثة وإن كان على الميت دين مستغرق لا يجوز الصلح ولا القسمة لأن التركة لم يتلحقها الوارث وإن لم يكن مستغفراً لا ينبغي أن يصلحوا ما لم يقضوا دينه فتقدم حاجة الميت ولو فعلوا فالواجب أن لا يجوز الكرخي رجه الله في القسمة أنه لا يجوز استحصاناً ولا يجوز قياساً

بحقه من بقية التركة احتقاراً عن الربا بالحق في البيان ههنا أن يقال بأن كان في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح أو أكثر ولقد أصاب صاحب غاية البيان حيث علل قوله لاحتمال الربا بقوله لأنه يجوز أن يكون في التركة كيلي أو وزني وبذل الصلح مثل نصيب المصالح من ذلك أو أقل لأن ما راد على بدل الصلح من نصيب المصالح يكون رباً انتهى فإنه اعتبر القسمة في جانب بدل الصلح لافي جانب نصيب المصالح من ذلك على عكس ما اعتبره الآخرون وكان صاحب الكافي تنبه أيضاً لما ذكرناه من الخلل فاحتج بكرا المثل حيث قال في تعليل هذا القيل لاحتمال أن يكون في التركة مكيل أو موزون ونصيبه من ذلك مثل بدل الصلح فيكون رباً انتهى واقتى أثره صاحب معراج الدراية ولكن الوجه أن يزداد عليه قيداً أو أكثر كأنهم تناهوا عنه أنفلاً لأنه توسيع دائرة احتمال الربا كما لا ينبغي (قوله وقيل يجوز لأنه شبهة الشبهة) لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس وإن كان فيجتمعل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر مما أخذ أو أقل فنسبه شبهة الشبهة وليست بمعتبرة كذا في العناية وعلى هذا المنوال ذكر في التفسير وكثير من الشروح وكتب بعض الفضلاء على قول صاحب العناية فيجتمعل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر أو أقل فيه بحث أقول لعل مراده بالبحث أنه على تقدير أن يكون نصيبه أقل مما أخذ لا يلزم الربا بالمباينة فيما مر فلا وجه لذكره في أثناء بيان احتمال الربا ولكنه ساقط ههنا لأن مراد صاحب العناية وغيره فيجتمعل أن يكون نصيبه من ذلك أكثر فيلزم الربا وأقل فلا يلزم الربا إلا أنه على كل تقدير يلزم الربا فأنهم يصددين بيان شبهة الشبهة التي ليست بمعتبرة فلا بد لهم من بيان احتمال كل واحد من جانبي الصحة والفساد ألا ترى إلى قولهم لاحتمال أن لا يكون في التركة من ذلك الجنس فإن هذا الاحتمال احتمل جانب الصحة قطعاً كيف ولو كان الاحتمال مقصوراً على جانب الفساد لكان اللازم حقيقة الربا لا شبهة الربا فضلاً عن شبهة شبهته فأمل نقف ثم اعلم أن صاحب الإصلاح والإيضاح بعد ما بين الاختلاف في هذه المسئلة على ما ذكر في الكتاب قال ولقائل أن يقول حتى الجواب التفصيل بأن يقال إن كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز وإن لم يكن يجوز وإن لم يدر حال التركة فعلى الاختلاف انتهى كلامه (أقول فيه نظراً ما لا خلاف أنه لا احتياج ههنا إلى ما ذكره من التفصيل أم لا إذا الشهان الأولان من تفصيله قد استغنى عنهما بالمثلين المذكورين سابقاً على الاستقلال أحدهما قوله وإن كانت التركة نضرة وذهباً ونسب ذلك فصالحوه على ذهب أو فضة الخ وأخراً مما قوله في أول الفصل وإذا كانت التركة بين ورثة فأخرجوا أحدهم منها بما أعطوه إياه والتركة عارة أو عروضة جاز قليلاً كان ما أعطوه إياه أو كثيراً وأما ما قبلان التفصيل الذي ذكره لا يخالف عن احتلال لأن قوله إن كان في التركة جنس بدل الصلح لا يجوز لا يصح على إطلاقه فإنه إذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان ما أعطوه أكثر قدر من نصيب المصالح من ذلك الجنس يجوز الصلح قطعاً كما مر مفصلاً وممدلاً وكذا إذا كان في التركة جنس بدل الصلح ولكن كان فيها دراهم ودينار وكان بدل الصلح دراهم ودينارين

وجه القياس أن التركة لا تخلف عن قليل الدين فتقسم نفياً للضرر عن الورثة والله أعلم  
 (قوله أكثر مما أخذ أو أقل) أقول فيه بحث  
 أيضاً

### كتاب المضاربة

المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض سمي بها

أيضا يجوز الصلح قطعا كما مر ايضا مستوفي وأما بالتأفلان مسئلتنا هذه لا تقبل التفصيل المذكور جدا إذ قد اعتبر فيها كون أعيان التركة غير معلومة فان عبارة هذا الكتاب في هذه المسئلة هكذا ولو لم يكن في التركة دين وأعيانها غير معلومة والصلح على المكمل والموزون قبل لا يجوز وقبل يجوز وعبارة الوقاية وكذا عبارة متن ذلك القائل في هذه المسئلة هكذا وفي صحة الصلح عن تركه جهلت على مكمل أو موزون اختلاف انتهى فكيف يتصور في هذه الصورة التفصيل المزبور فهلا هي منحصرة في الشق الثالث منه وهو ما لم يدر حال التركة فالجواب بالاختلاف لا غير على ما ذكر في الكتب المعتمدة عامة

### كتاب المضاربة

#### كتاب المضاربة

قد ذكرنا وجه المناسبة في  
أول الاقراء فلا يحتاج الى  
الاعادة (والمضاربة مشتقة  
من الضرب في الأرض  
وسمى هذا العقد بها

#### كتاب المضاربة

قد مر وجه المناسبة في أول كتاب الاقرار والمضاربة في اللغة مفاعلة من ضرب في الأرض اذا سار فيها قال الله تعالى وآخرون يضربون في الأرض يبتغون من فضل الله يعنى الذين يسافرون في الأرض للتجارة وسمى هذا العقد بها لان المضارب يسير في الأرض غالبا طلبا للربح وفي الشريعة عبارة عن عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين وعمل من الآخر كما سيأتى في الكتاب وقال صاحب النهاية ومن يحدو حذوه في الشريعة عبارة عن دفع المال الى غيره ليتصرف فيه ويكون الربح بينهما على ما شرط (أقول) فيه فتور اذا اظهر ان المضاربة في الشريعة ليست نفس الدفع المزبور بل هي عقد يحصل قبل ذلك أو معه وركنها الاجاب والقبول بالفاط تدل عليه امثله أن يقول رب المال دفعت هذا اليك مضاربة أو مقارضة أو معاملة أو أخذ هذا المال واعلم به على أن ما رزق الله فهو بيننا على كذا ويقول المضارب قبضت أو ما يؤدى هذا المعنى وشروطها كثيرة تدعى أثناء المسائل قال في العناية وشروطها أنواع صحيحة وهي ما يبطل العقد بقواته وفاسدة تفسد في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سيأتى ذكر ذلك اهـ (أقول) فيه فصور لان الشروط الفاسدة أيضا نوعان نوع يفسد العقد أيضا ونوع يفسد في نفسه ويبقى العقد صحيحا نص عليه ههنا في النهاية وسيأتى التصريح به في الكتاب أيضا وعبارة العناية تشهر بالخصار الشروط الفاسدة في النوع الثاني منها فكانت قاصرة وحكمها الايداع والوكالة والشركة بحسب الاوقات كما أشير اليه في الميسوط والخيرة والحققة وغيرها على ما فصل في النهاية قال في العناية وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح (أقول) فيه خلل أما أولا فلان حكمها عند الدفع هو الايداع وانما الوكالة حكمها عند التصرف والعمل كما نص عليه في كثير من المعبرات حتى المتون لا ترى الى ما قال في الوقاية وهي ايداع أو لا وقيل عند عمله وشركة ان ربح وأما ثانيا فلانه لم يذكر الايداع عند بيان حكمها وهو حكم لها أيضا ثبت بها أولا على ما صرح به في عامة الكتب وقال في الكافي والكفاية وحكمها أنواع ايداع ووكالة وشركة واجارة وغصب (أقول) فيه أيضا خلل لان معنى الاجارة انما يظهر اذا فسدت المضاربة ومعنى الغصب انما يهتق اذا خالف المضارب فكان متعددا كما سيأتى وكلا الامر ينقض لعقد المضاربة منافي لصحتها فكيف يصح أن تجعل الاجارة والغصب حكما من أحكامها وحكم الشيء ما ثبت به والذي ثبتت غنا فيه لا يثبت به قطعا لا يقال ان الاجارة والغصب وان لم يصلح أن يجعل احكاما للمضاربة الصحيحة الا أنهم ما يصلح أن يجعل احكاما للمضاربة الفاسدة فمن أدركهما في أحكام المضاربة يريد أحكامها أحكام مطلق المضاربة صحيحة كانت أو فاسدة لا نأقول لاشك ان ما ذكره في قرائنها من ركنها وشروطها وغيرها انما يراد به ما كان للمضاربة الصحيحة لا غير ففي أحكامها أيضا لا بد أن يكون كذلك ولتنسلم صحة التعميم

المال الى من يتصرف فيه ليكون الربح بينهما على ما شرطوا (ومشروعيها الحاجة اليها فان الناس بين غنى بالمال غنى عن التصرف فيه وبين مهتدي في التصرف صفرا ليد) أي خالي اليد عن المال فكان في مشروعيها انتظام مصلحة الغني والذكي والفقير والغني وفي الحقيقة تراجع الى ما ذكرنا غير مرة من سبب المعاملات وهو تعلق البقاء المقدر بتعاطيها وركنهما استعمال ألفاظ تدل على ذلك مثل دفعت اليك هذا المال المضاربة أو مقارضة أو معاملة أو أخذ هذا المال أو عمل به على أن ما رزق الله فكذا وشروطها نوعان صحيحة وهي ما يبطل العقد بفواته وفاسدة في نفسها ويبقى العقد صحيحا كما سيأتي ذكر ذلك وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح (قوله وبعث النبي صلى الله عليه وسلم) بيان أن ثبوتها بالسنة والاجماع فانه صلى الله عليه وسلم بعث (والناس يباشرونه فقرههم) على ما روى أن العباس بن عبد المطلب كان اذا دفع مضاربة شرط على المضارب أن لا يسلك به بحر أو ان لا ينزل به واديا ولا يشتري به ذات كبد رطب فان فعل ذلك ضمن قبله رسول الله صلى الله عليه وسلم فاستحسنه وتقرير النبي صلى الله عليه وسلم أمر ابا عنه من أقسام السنة على ما علم (وتعاملت به الصحابة) من غير تكبر فكان اجماعا قال (ثم المدفوع الى المضارب (٥٨) امانة في يده الخ) المدفوع الى المضارب من المال أمانة في يده لانه قبضه

لأن المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله وهي مشروعة للحاجة اليها فان الناس بين غنى بالمال غنى عن التصرف فيه وبين مهتدي في التصرف صفرا ليدعنه فست الحاجة الى شرع هذا النوع من التصرف لينتظم مصلحة الغني والذكي والفقير والغني وبعث النبي صلى الله عليه وسلم والناس يباشرونه فقرههم عليه وتعاملت به الصحابة ثم المدفوع الى المضارب أمانة في يده لانه قبضه بأمر مالكه لا على وجه البذل والوثيقة وهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بأمر مالكه واذا ربح فهو شريك فيه لملكه جزا من المال بعمله فاذا فسدت ظهرت الاجارة حتى استوجب العامل أجر مثله واذا خالف كان غاصبا لوجود التعمد منه على مال غيره قال (المضاربة عقد على الشركة بمال من أحد الجانبين) ومراعاة الشركة في الربح وهو يستحق بالمال من أحد الجانبين (والعمل من الجانب الآخر) ولا مضاربة بدونها ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط جميعه للمضارب كان قرضا قال (ولا تصح الا بالمال الذي تصح به الشركة) وقد تقدم بانه من قبل

بأمر مالكه لا على وجه البذل كالمقبوض على سوم الشراء ولا على وجه الوثيقة كالرهن وكل مقبوض كذلك فهو أمانة ومع ذلك فهو وكيل فيه لانه يتصرف فيه بأمر مالكه فاذا ربح فهو شريك فيه لملكه جزا من المال بعمله وهو شائع في شركة واذا فسدت ظهرت الاجارة لأن المضارب يعمل لرب المال في ماله فيصير ما شرط من الربح كالاجارة على عمله فلها يظهر معنى الاجارة اذا فسدت ويجب أجر المثل وذلك انما يكون في الاجارات واذا خالف كان غاصبا لوجود التعمد منه على مال غيره قال (المضاربة عقد على الشركة الخ) هذا تفسير المضاربة على الاصطلاح

للمضاربة الفاسدة أيضا في الاحكام فالغصب ليس من أحكام المضاربة الفاسدة أيضا لان حكم المضاربة الفاسدة على ما صرح به في البدائع بل في الكتاب أيضا فيما سيجي أن يكون للعامل مثل أجر عمله ولا شك ان ليس للغاصب أجر قط لكونه متعديا فلا مجال لجعل الغصب من أحكام المضاربة في شيء (قوله لان المضارب يستحق الربح بسعيه وعمله) قال الشارح العيني فيه مناقشة لان المضارب لا يستحق الربح بسعيه وعمله حتى لو سعى وعمل ولم يظهر ربح لا يستحق شيئا اه (أقول) ليس هذا بشيء لان الباء في قوله بسعيه وعمله للسببية والمعنى ان المضارب يستحق الربح بسبب سعيه ووظيفته السبب مجرد الابدال والافضاء الى المسبب في الجملة لا التأثير فيه وانما التأثير وظيفة العلة وقد عرف ذلك

وكان فيه نوع خفاء لانه قال عقد على الشركة ولم يعلم أن الشركة مما اذا فسر المصنف بقوله ومراعاة الشركة في كنه الربح لا في رأس المال مع الربح أي لان رأس المال لرب المال والربح يستحق بالمال من جانب رب المال والعمل من جانب المضارب ولا مضاربة بدونها أي بدون الشركة اشارة الى انتفاء العقد بانتفاء رأس المال اذ لا مضاربة بدون الشركة ألا ترى أن الربح لو شرط كله لرب المال كان بضاعة ولو شرط للمضارب كان قرضا ولا تصح المضاربة الا بالمال الذي تصح به الشركة وهو أن يكون رأس المال دراهم أو دنانير عند أبي حنيفة وأبي يوسف وأبو سائر الجعدي عند محمد بن عيسى وأهله لا يجوز وقد تقدم في كتاب الشركة

(قوله وفي الاصطلاح دفع المال الى من يتصرف فيه) أقول فيه مسامحة فان في الاصطلاح هي العقد بخصوص (قوله وركنها استعمال ألفاظ تدل على ذلك) أقول لعل المراد الالفاظ المستعملة (قوله وحكمها الوكالة عند الدفع والشركة بعد الربح) أقول قال صاحب الكافي المضارب أمين وألانه قبض المال باذن مالكه لا على جهة المبادلة والوثيقة بخلاف المقبوض على سوم الشراء لانه قبضه بدلا وبخلاف الرهن لانه قبضه وثيقة وعند الشروع في العمل وكيل لانه يتصرف فيه بأمره حتى يرجع لما لحقه من العهدة على رب المال كالوكيل الخ انتهى هذا يخالف ما في الشرع من انه وكيل عند الدفع فليتامل



ولودفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جازلا لعقد المضاربة يقبل الاضافة (٥٩) من حيث انه توكيل واجارة يعني أنه

مشتل على التوكيل والاجارة بالراء والاجارة بالراء وكل منهما يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل فيجب أن يكون عقد المضاربة كذلك لثلاث مخالفات الكل الجزء فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال للمضارب اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا انه يقبل الاضافة بخلاف ما اذا قال اعمل بالدين الذي في ذمتك فانه لا يجوز المضاربة بالاتفاق لكن مع اختلاف التفرع أما عند أبي حنيفة فلان هذا التوكيل لا يصح على ما مر في البيوع أي في باب الوكالة في البيع والشراء من كتاب الوكالة حيث قال ومن له على آخر ألف درهم فأمره أن يشتري بها هذا العبد الخ وإذا لم يصح كان المشتري للمشتري والدين بحاله وإذا كان المشتري للمشتري كان رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح وأما عندهما فلان التوكيل يصح ولكن يقع الملك في المشتري فلا مرفصير مضاربة بالعرض وذلك لا يجوز

(قوله لثلاث مخالفات الكل الجزء) أقول قد سبق في كتاب الوكالة ان الأصل في المضاربة العموم وفي الوكالة الخصوص فيلزم مخالفة الكل الجزء (قوله) وإذا لم يصح كان المشتري

ولودفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جازلا لعقد المضاربة يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة وكذا اذا قال له اقبض مالي على فلان واعمل به مضاربة جاز لما قلنا بخلاف ما اذا قال له اعمل بالدين الذي في ذمتك حيث لا تصح المضاربة لان عند أبي حنيفة رجحه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وعندهما يصح لكن يقع المالا في المشتري فلا مرفصير مضاربة بالعرض

كله في الأصول فتختلف اذ تحققت الرجوع عن سعي المضارب وعمله عند عدم ظهور الرجوع لا يحصل بصحة الكلام المذكور أصلا (قوله) ولودفع اليه عرضا وقال بعه واعمل مضاربة في ثمنه جازلا لعقد المضاربة يقبل الاضافة من حيث انه توكيل واجارة فلا مانع من الصحة (قوله) صاحب النهاية في بيان التعليل أي لان عقد المضاربة مشتق على الوكالة والاجارة كما عرف وكل واحد منهما يقبل الاضافة الى زمان في المستقبل فيجب أن يكون المشتل عليهما وهو عقد المضاربة قابلا للاضافة الى زمان في المستقبل أيضا لثلاث مخالفات الكل الجزء اه واقتنى أثره صاحب العناية في هذا البيان غير انه قال والاجارة بالراء والاجارة بالراء (أقول) فيه بحث أما أولا فلا نالمضاربة مالم تنفسد لم تصر اجارة بالراء كما صرح حوايه ومر في الكتاب آنفا والمدعى ههنا صحة عقد المضاربة في الصورة المذكورة والمضاربة الصحيحة لا تشمل على الاجارة بالراء أصلا بل تنافيها قطعاً فلا معنى لدرجتها في تعليل صحة عقد المضاربة في الصورة المزبورة وأما ثانيا فلا لزوم عدم مخالفة الكل للجزء ممنوع فانه لم يقطع مخالفة الكل لاجزائه الخارجية والعقلية في كثير من الاحكام ألا يرى ان الواحد جزء من الاثنين والاول فرد لزوج والثاني زوج لا فرد الى غير ذلك من المخالفات البينة على ان المخالفة بين المضاربة وبين الوكالة والاجارة أيضا متحققة قطعاً في كثير من الاحكام منها ان الوكيل لا يستحق الرجوع ولا يشترك فيه مع الموكل والمضارب يستحق ذلك ويشترك فيه مع رب المال وان الاجير يستحق الاجر ولا يستحق الرجوع والمضارب على العكس الى غير ذلك وأما ثالثا فلا نالو كالة والاجارة لا يمتثلان الجزئية من المضاربة أما الوكالة فلا تنفقوا على انها حكم من احكام المضاربة ولا تشك ان حكم الشيء خارج عنه مترتب عليه لا ركن داخل فيه وأما الاجارة فلا انها أيضا حكم من احكامها على ما ذكر البعض وفي منافي لصحتها مضاد لها على مقتضى التحقيق كما مر وعلى كالاتقديرين لا تصلح الجزئية منها فحديث الجزئية في عتسية التعليل المزبور مما لا وجه له ولم أر احدا حوله سوى الشارحين المذكورين فالوجه في تمسكه ذلك تترير صاحب الكافي حيث قال لانه لم يصف المضاربة الى العرض وانما أضاف الى ثمنه والثمن مما يصح المضاربة به والاضافة الى زمان في المستقبل يجوز نه وكالة أو ودعة أو اجارة وليس في شيء من ذلك ما يمنع صحة الاضافة الى زمان في المستقبل اه نعم فيه أيضا شيء مما مر وهو ان المضاربة اجارة بعد فسادها لاني حال صحته فلا معنى لدرج الاجارة في تعليل صحته في الصورة المزبورة اللهم الا أن يكون درجها فيه على سبيل المبالغة كأنه قيل ليس في عقد المضاربة ما يمنع عن الاضافة الى زمان في المستقبل لاني حال صحته ولا بعد فسادها فتأمل ثم أقول بغيري بحث قوي في هذا المقام وهو انهم اتفقوا على ان المضاربة ابداع ابتداء وتوكيل عند العمل وشركة بعد الرجوع وقد صرحوا في محله بان مالها يصح اضافته الى زمان في المستقبل تسعة وعدوا منها الشر كنه فاذا لم تصح اضافة الشر كنه الى زمان في المستقبل فقد وجد في المضاربة ما يمنع صحة الاضافة الى ذلك وهو الشر كنه فنبتغي أن لا يصح عقد المضاربة في الصورة المزبورة بناء على ذلك المانع اذ لا ريب ان ارتفاع منع أمور لا يجدي عند تحقق موانع آخر (قوله) زعمه أبي حنيفة رجحه الله لا يصح هذا التوكيل على ما مر في البيوع وإذا لم يصح هذا التوكيل كان المشتري للمشتري ولدين بحاله فكأن رأس مال المضاربة من مال المضارب وهو لا يصح كذا في العناية والنهاية قال بعض الفضلاء لا ظهر أن يقال

للمشتري) أقول والاطهر أن يقال اذا لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة لان عدم صحة الجزئ مستلزم لعدم صحة الكل

١٤٠ من ربح بينهما شاعا ومعناه أن لا يستحق أحدهما  
 دراهم من الربح مسماة لان شرط ذلك ينافي الشركة المشروطة لجوازها والمنافي لشرط جواز الشيء منافي له وإذا ثبت أحد المتنافيين  
 انتفى الآخر كما إذا ثبت الوجود انتفى (٦٠) العدم ثم فسر ذلك بقوله (فان شرط زيادة عشرة دراهم فله أجر مثله لفساده

قال (ومن شرطها أن يكون الربح بينهما مشاعا لا يستحق أحدهما دراهم مسماة) من الربح لان  
 شرط ذلك يقطع الشركة بينهما ولا بد منها كافي عقد الشركة قال (فان شرط زيادة عشرة فله أجر مثله)  
 لفساده فلعلة لا يربح الا هذا القدر فنقطع الشركة في الربح وهذا لانه انتفى عن منافعه عوضا ولم يزل  
 لفساده والربح لرب المال لانه غناء ملكه وهذا هو الحكم في كل موضع لم تصح المضاربة ولا تجاوز بالاجر  
 القدر المشروط عند أبي يوسف خلافا لمحمد كما ينافي الشركة ويجب الاجر وان لم يربح في رواية الاصل  
 لان أجر الاجير يجب بتسليم المنافع أو العمل وقد وجد

اذ لم يصح التوكيل لم تصح المضاربة لان عدم صحة الجزء مستلزم لعدم صحة الكل اه (أقول) قد  
 مر من ان حديث كون الوكالة جزءا من المضاربة ليس بصحيح فانهم صرحوا بأن الوكالة حكم من أحكام  
 المضاربة مترتب على صحة عقد المضاربة ثابت عند تصرف المضارب في مال المضاربة لا قبله فلا مجال  
 لان تكون جزءا منها فلا بد في بيان بطلان المضاربة في الصورة المزبورة على تقدير بطلان ذلك التوكيل  
 عند أبي حنيفة من المصير الى ما ذكره صاحب العناية والنهاية نعم انهما قالوا أيضا بجزئية الوكالة من  
 المضاربة فيما مر ولكنهما أصابا في ترك ذلك ههنا (قوله فان شرط زيادة عشرة فله أجر مثله) ذهب  
 عامة الشراح الى أن هذا تفسير للمسئلة المتقدمة والقافي قوله فان شرط للتفسير وزيادة عشرة أى على  
 ما شرطنا كالنصف والثلث فله أى فالعامل (أقول) فيه نظر لان هذه المسئلة التي هي مسئلة  
 الجامع الصغير لا تصلح أن تكون تفسير للمسئلة المتقدمة التي هي مسئلة مختصر القدوري لوجهين  
 أحدهما ان المسئلة الاولى أعم من المسئلة الثانية لان اشتراط دراهم مسماة لاحدهما يتشبه في صور  
 متعددة مذكورة في معبرات الفتاوى كالبدايع والخيرة وغيرهما منها ان شرط ان يكون  
 لاحدهما مائة درهم من الربح أو أقل أو أكثر والباقي للآخر ومنها ان شرط لاحدهما نصف الربح  
 أو ثلثه الا عشرة دراهم ومنها ان شرط لاحدهما نصف الربح أو ثلثه ويزاد عشرة وفي كل ذلك نفسد  
 المضاربة بناء على ان كل واحد من الشروط المزبورة يقطع الشركة في الربح لانه ربحا لا يربح  
 الا القدر المسمى أو أقل كما صرحوا به وأما اشتراط زيادة عشرة فاعلم ان مقتضى في صورة ثلثين الصور  
 المذكورة فكيف يكون الاخص مفسر للاعسم وثانيهما ان حكم المسئلة الاولى فساد عقد المضاربة  
 باشتراط دراهم مسماة لاحدهما وحكم المسئلة الثانية وجوب أجر المثل للعامل فكيف يكون أحد  
 المتخالفين في الحكم مفسرا للآخر فالحق عندى أن القافي قوله فان شرط زيادة عشرة للتفريع  
 والمقصود بالمسئلة الاولى بيان أن عقد المضاربة يفسد باشتراط دراهم مسماة لاحد المتعاقدين  
 وبالثانية بيان ان حكم المضاربة الفاسدة وجوب أجر المثل للعامل فكانت له اذا عرفت فساد عقد  
 المضاربة باشتراط دراهم مسماة لاحدهما فاعلم ان حكم فساد عقد المضاربة باشتراط ذلك وجوب أجر  
 المثل للعامل لانه ذكر في التفريع صورة اشتراط زيادة عشرة لكونها هي المذكورة في الجامع  
 الصغير على سبيل التمثيل لا على سبيل الحصر فيها ومن عادة المصنف أن لا يغير المسئلة التي أخذها من  
 الجامع الصغير أو من مختصر القدوري ولكن دفع احتمال توهم اختصاص ذلك الحكم بالصورة

لانه ربحا لا يربح الا هذا  
 القدر فنقطع الشركة  
 وهذا أى وجوب أجر  
 المثل لانه عمل لرب المال  
 بالعقد انتفى به عن منافعه  
 عوضا ولم يزل لفساده العقد  
 ولا بد من عوض متافع  
 تلفت بالعقد (و) ليس ذلك  
 في الربح (لكنه لرب المال  
 لانه غناء ملكه) فحين أجر  
 المثل وهذا التعليل يوجب  
 ذلك في كل موضع فسدت  
 المضاربة ولا تجاوز بالاجر  
 القدر المشروط عند أبي  
 يوسف قبل والمراد بالقدر  
 المشروط ما وراء العشرة  
 المشروطة لان ذلك تغيير  
 المشروع وكان وجوده  
 كعدمه (وقال محمد يجب  
 بالغام بالغ) كما ينافي الشركة  
 ويجب الاجر وان لم يربح  
 في رواية الاصل لانه أجر  
 وأجرة الاجير يجب بتسليم  
 المنافع كافي أجر الواحد  
 فان في تسليم نفسه تسليم  
 منافعه (أو بتسليم العمل)  
 كافي الاجير المشترك (وقد  
 وجد) ذلك

(قوله ثم فسر ذلك بقوله  
 فان شرط الخ) أقول فيه  
 اشارة الى أن القافي تفسيرية  
 قوله والمراد بالقدر المشروط

ما وراء العشرة) أقول في القاموس وراه مائة إلا خر مبنية والوراه هموز لا معتل ووهم الجوهرى  
 ويكون خلف وأمام ضدو يؤنث انتهى فوراهم هنا بمعنى التقدم والمراد بما وراء العشرة ما شرط من الربح لا أحدهما من الثلث والنصف  
 اذ العشرة زيادة على ما شرط من الشركة في الربح (قوله لان ذلك تغيير المشروع) أقول أى شرط العشرة

(وعن أبي يوسف لا يجب له شيء إذا لم يرج (اعتباراً بالمضاربة الصحيحة) فإنه فيها إذا لم يرج لا يستحق شيئاً (مع أنها فوق الفاسدة) ففي الفاسدة أولى فإن قيل ما جواب وجه ظاهر الرواية عن هذا التعليل فإنه قوي فإن العقد الفاسد يؤخذ حكمه من الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد أوجب أن الفاسد انما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لاجارة والفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ايفاء العمل وان تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك لوجهين أحدهما الاعتبار بالصحة (٦١) والثاني ان رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره

وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحة ولأنه عين مستأجرة في يده

المذكورة بأن قال بعد تعليل المسئلة وهذا هو الحكم في كل موضع لم نصح المضاربة قوله وعن أبي يوسف أنه لا يجب اعتباراً بالمضاربة الصحيحة مع أنها فوقها (فإن قلت ما جواب ظاهر الرواية عن هذا التعليل القوى لا بي يوسف رحمه الله فإن العقد الفاسد يؤخذ حكمه أبدأ من العقد الصحيح من جنسه كما في البيع الفاسد قلت جوابه هو أن الفاسد انما يعتبر بالجائز إذا كان انعقاد الفاسد مثل انعقاد الجائز كالبيع وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لاجارة والمضاربة الفاسدة تنعقد اجارة فتعتبر بالاجارة الصحيحة في استحقاق الاجر عند ايفاء العمل وان تلف المال في يده فله أجر مثله فيما عمل كذا في النهاية والعناية وعزاه صاحب العناية الى المبسوط (أقول) مقتضى هذا الجواب أن لا يجوز اعتبار المضاربة الفاسدة بالمضاربة الصحيحة في شيء من الاحكام مع أنهم اعتبروها بالمضاربة الصحيحة في حكم كون المال غير مضمون بالهلاك كما ذكره المصنف متصلاً بما نحن فيه حيث قال والمال في المضاربة الفاسدة غير مضمون بالهلاك اعتباراً بالصحة نعم يمكن اثبات ذلك الحكم بدليل آخر ما كاله الى اعتبارها بالاجارة الصحيحة كما ذكره المصنف أيضاً بقوله ولأنه عين مستأجرة في يده لكن الكلام في جعله -م اعتباراً بالمضاربة الصحيحة دليلاً مستقلاً عليه كما هو الظاهر من عبارة الهداية والكافي وغيرهما فامل ثم ان بعض الفضلاء رد على صاحب العناية في قوله وههنا المضاربة الصحيحة تنعقد شركة لاجارة بأنه يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والاجارة (أقول) انما يخالف ذلك أن لو كان مراده بما أسلفه أن عقد المضاربة مشتمل على حال جهة التوكيل والاجارة معاً وما إذا كان مراده بذلك أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل حال صحته وعلى الاجارة بعده -م فلامخالفته بين كلاميه والظاهر هو الثاني لكونه موافقاً لما صرحوا به (قوله ولأنه عين مستأجرة في يده) وفي بعض النسخ عين مستأجرة يعني أن رأس المال عين استؤجر المضارب ليعمل به هو لا غيره فلا يضمن كأجير الواحد كذا في الشروح قال بعض الفضلاء فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له أو هو من قبيل سيل مفعول ولعل هذا أولى انتهى (أقول) فيه ان قولهم سيل مفعول مما بنى للفعول وأسند للفاعل اذا المفعول اسم مفعول من أفعمت الاناء ملأته وقد أسند الى الفاعل لان السيل هو المائي لا المملوء بخلاف ما نحن فيه فان رأس المال ليس بفاعل للاستحجار قطعاً كما أنه ليس بمفعول فكيف يكون هذا من قبيل ذلك اللهم الا أن يكون مراده بقوله أو هو من قبيل سيل مفعول أو هو من قبيل الاسناد المجازي مطلقاً لانه من قبيل خصوص الاسناد الواقع فيه فيثبت ذبحه كما أشار اليه تاج الشريعة في شرح هذا المقام حيث

المضارب ليعمل به هو لا غيره ولا يضمن كأجير الواحد وهذا التعليل يشير الى أن المضارب بمنزلة أجير الواحد من حيث أنه أجير لا يمكن له ان يؤجر نفسه في ذلك الوقت لا خزان العين الواحد لا ينصو ر أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن أجير المستأجرين في الوقت الواحد يؤجر نفسه المستأجرين في الوقت الواحد وهذا قول أبي جعفر الهندي وقيل المذكور ههنا قول أبي حنيفة وعندهما هو ضامن اذا هلك في يده بما يمكن التحرز عنه وهذا قول الطحاوي وهذا بناء على أن المضارب بمنزلة الاجير المشترك لان له أن يأخذ المال بهذا الطريق من غير واحد والاجير المشترك لا يضمن اذا تلف المال في يده من غير صنعه عند أبي حنيفة خلافاً لهما قال الامام الاسيحي في شرح الكافي والاصح انه لا ضمان على قول الكل لانه أخذ المال بحكم المضاربة والمال في يد

المضارب همت أو فسدت أماته لانه لما قصد أن يكون المال عند مضاربة فقد قصد أن يكون أمينا وله ولاية جعله أمينا ولما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى المضاربة صحيحة أراد أن يشير الى ذلك بأمر جلي

(قوله تنعقد شركة لاجارة) أقول يخالف ما أسلفه من أن عقد المضاربة مشتمل على التوكيل والاجارة فليتامل (قوله والثاني ان رأس المال عين استؤجر المضارب) أقول فيكون مستأجرة في قول المصنف عين مستأجرة صفة جرت على غير من هي له أو هو من قبيل سيل مفعول ولعل هذا أولى (قوله وهذا التعليل يشير الى أن المضارب) أقول في وجه الاشارة خلفه لا يخفى فليتامل (قوله لان العين الواحد الخ) أقول فيه تامل

قَالَ (وكل شرط يوجب جهالة في الربح) كما إذا قال لك نصف الربح أو ثلثه وشرط أن يدفع المضارب داره إلى رب المال ليستأجره وأرضه سنة لزرها (فإنه يفسد العقد لاختلال مقصوده) وهو الربح وفي الصورتين المذكورتين جعل المشر وطمن الربح في مقابلة العمل وأجرة الدار والأرض وكانت حصته (٢٣) العمل مجهولة (وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطال الشرط كاشتراط الوضعية

وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضعية على المضارب

قال المستأجر في الحقيقة إنما هو المضارب لكن سمي العين مستأجر العمل للمضارب فيه ١١ ثم إن جماعة من الشراح قالوا وهذا التعليل يثير إلى أن المضارب بمنزلة أجير الواحد من حيث أنه أجير لا يمكن له أن يؤجر نفسه في ذلك الوقت لا آخر وقال صاحب العناية والنهاية منهم في تعليل ذلك لأن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد كما لا يمكن لأجير الواحد أن يؤجر نفسه مستأجرين في الوقت الواحد انتهى (أقول) فيه بحث لأنه إن أريد بالعين الواحد في قولهم لا أن العين الواحد لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد نفس المضارب فلا نسلم أن نفسه لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في الوقت الواحد لأن الإجارة إذا كانت عقداً على العمل لأعلى المنفعة يجوز أن يكون شخص واحد مستأجر الكثير من المستأجرين في وقت واحد كالمقاصد وراعى الغنم للعامة ونحوهما من الأجير المشترك لا مكان العمل لكل واحد منهم في ذلك الوقت وقد وقع عقد المضاربة على العمل من المضارب فجاز أن يكون مستأجر لا أكثر من واحد بخلاف أجير الواحد فإن الإجارة فيه كانت على المنفعة دون العمل فلا يقدر على أن يؤجر نفسه لا آخر في الوقت الواحد كما تقرر في محله وإن أريد بالعين الواحد في قولهم المزبور رأس المال فسلم أن ذلك لا يتصور أن يكون مستأجر المستأجرين في وقت واحد أي أن يكون في يد كل واحد منهما بعملاً في وقت واحد ولكن هذا لا يقتضي أن يكون المضارب بمنزلة أجير الواحد بل يراد بهذا المعنى في كل أجير مشترك فإن ما يعمل به من الأعيان لا يتصور أن يكون في يده وفي يد غيره على الاستقلال في الوقت الواحد لا امتناع وقوع شيء واحد في علمين مختلفين في وقت واحد فلا يتم التقريب (قوله وكل شرط يوجب جهالة في الربح يفسده لاختلال مقصوده وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها ويبطل الشرط كاشتراط الوضعية على المضارب) قال في النهاية فإن قلت هذا الكلي منقوض بما ذكره بعد هذا بخطوط وهو قوله وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد فإن هذا الشرط داخل تحت ذلك الكلي لأن هذا الشرط لا يوجب جهالة في الربح ومع ذلك أفسد عقد المضاربة وعلى قضية ذلك الكلي ينبغي أن لا تفسد المضاربة لأنه غير الذي يوجب جهالة في الربح قلت نعم كذلك إلا أنه يحتتمل أن يريد بقوله وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها الشرط الذي لا يمنع موجب العقد وأما إذا كان شرطاً يمنع موجب العقد يفسد العقد لأن العقد إنما شرع لإثبات موجبته انتهى (أقول) هذا الجواب لا يثبت التعليل ولا يجدي طائلاً لأن كون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد مع أنه مجرد احتمال محض لا يدل عليه اللفظ المزبور لعمومه مفسد لما هو المقصود في المقام إذا المقصود ههنا بيان أصل ينضبط به أحوال الشروط الفاسدة في باب المضاربة فعلى تقدير أن يكون المراد بقوله وغير ذلك الشرط الذي لا يمنع موجب العقد يكون الشرط الذي يمنع موجب العقد ولا يوجب جهالة في الربح خارجاً عن قسمي هذا الأصل فلا يتحقق الانضباط فلا يتم المقصود وأجاب صاحب العناية عن السؤال المذكور بوجه آخر حيث قال قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في

على رب المال) أو عليهما والوضعية اسم يلزمها اللفظ من الماء ولا يجوز أن يلزم غير رب المال ولما لم يوجب الجهالة في الربح لم تفسد المضاربة قيل شرط العمل على رب المال لا يوجب جهالة في الربح ولا يبطل في نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجي فلم تكن القاعدة مطردة والجواب أنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة لا يفسدها أي المضاربة وأذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن المعدوم صحيح يجوز أن يقال زيد المعدوم ليس ببصير وقوله بعد هذا بخطوط وشرط العمل على رب المال مفسد للعقد مع ما مانع عن تحقيقه

(قوله وكانت حصته العمل مجهولة) أقول فإن قيل هذه جهالة لا تقضي إلى النزاع فينبغي أن لا تكون مفسدة قلنا العمل فسادها من حيث جواز أن لا يحصل له من الربح الا قدر أجرة الدار والأرض فلا توجد الشركة فيه فلم يتعين أنه أجرة الدار وحصته من الربح فهذا معنى قوله فيكون

حصته العمل مجهولة فليتأمل (قوله والجواب أنه قال وغير ذلك من الشروط الفاسدة) أقول فيه بحث فإن هذا الكلام نفسه وإن كان صحيحاً في نفسه لكن لا يناسب هذا المقام لأن المعنى وغير ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة وفسد الشرط فليست بد



قال (ولا بد أن يكون رأس المال مسلماً إلى المضارب الخ) لا بد أن يكون رأس المال مسلماً إلى المضارب ولا يدرب المال فيه بتصرف أو عمل لأن المال أمانة في يده فلا بد من التسليم إليه كالوديعة وهذا بخلاف الشركة لأن المال في المضاربة من جانب والعمل من جانب فلا بد من التخص للعل ليمتكن من التصرف فيه وبقايد غيره يمنع التخص وأما الشركة فالعمل قيم أو الجانبين فلا بشرط خلوص اليد لأحدهما انتفى الشرع كشرط العمل على رب المال مفقداً لا يمنع الخلوص فلا يتمكن المضارب من التصرف فيه فلا يتحقق المقصود وسواء كان رب المال عاقداً أو غير عاقد كالأجير إذا دفع إليه أو وصيه ماله مضاربة بشرط عمل الصغير فإنه لا يجوز لأن يد المالك ثابتة له وبقايد غيره يمنع التسليم إلى المضارب وكذلك أحد المتفاوضين وأحد شريكي الغنان إذا دفع (١٦٣) المال مضاربة بشرط عمل صاحبه فسدت لقيام

قال (ولا بد أن يكون المال مسلما الى المضارب ولا يدرب المال فيه) لان المال امانة في يده فلا بد من التسليم اليه وهذا بخلاف الشركة لان المال في المضاربة من أحد الجانبين والعمل من الجانب الآخر فلا بد من أن يخلص المال للعامل ليتمكن من التصرف فيه أما العمل في الشركة من الجانبين فلا يشترط خلوها من اليد لاحدهما لتعقد الشركة وشروط العمل على رب المال مفسدة للعقد لا بد من خلوها من المضارب فلا يتمكن من التصرف فلا يحقق المقصود سواء كان المالك عاقدا أو غير عاقدا كالصغير لان يد المالك ثابتة له وبقاء يده يمنع التسليم الى المضارب وكذا أحد المتعاضدين وأحد شركي العنان اذا دفع المال مضاربة وشروط عمل صاحبه لقيام المالك وان لم يكن عاقدا واشترط العمل على العاقد مع المضارب وهو غير مالك يفسده ان لم يكن من أهل المضاربة فيه كما لا بد من بخلاف الاب والوصي لانهما من أهل أن يأخذ اموال الصغير مضاربة بأنفسهما فكذا اشتراطه عليهما مجزؤه من المال قال (واذا صححت المضاربة مطلقة جاز للمضارب أن يبيع ويشترى ويؤكل ويسافر ويبضع ويودع) لا طلاق العقد والمقحود منه الاسترباح ولا يتحصل الاب بالتجارة فينظم العقد صنوف التجارة وما هو من صنيع التجار والتوكل من صنيعهم وكذا الابضاع والايداع والمسافرة لا ترى أن المودع أنه يسافر فالمضارب أولى كيف وان اللفظ دليل عليه لانها مشتقة من الضرب في الارض وهو السير وعن أبي يوسف رحمه الله أنه ليس له أن يسافر وعنه وعن أي حنيفة رحمه الله انه ان دفع في بلد ليس له أن يسافر لانه تعريض

نفسه بل يفسد المضاربة كما سيجيء فلم تكن القاعدة مطردة والجواب انه قال وغير ذلك من الشروط  
الفاصلة لا يفسدها ان المضاربة واذا شرط العمل على رب المال فليس ذلك بمضاربة وسلب الشيء عن  
المعدوم صحيح يجوز ان يقال زيد المعدوم ليس يصير وقوله بعده هذا بخطوط وشرط العمل على رب المال  
مفسد للعقد معناه مانع عن تحققه انتهى كلامه (اقول) مضمون هذا الجواب وان لم يكن فاسدا في  
نفسه الا انه مفسد للمعنى المقام لان معنى القسم الثاني من الاصل المذكور على ما صرح به هو ان غير  
ذلك من الشروط لا يفسد المضاربة بل تبقى المضاربة صحيحة ويبطل الشرط وقد اشار اليه المصنف  
بقوله كاشتراط الوضعية على المضارب فان الشرط هناك باطل والمضاربة صحيحة وقد كان اعترف  
به صاحب العناية ايضا حيث قال اولوا لما كان من الشروط ما يفسد العقد ومنها ما يبطل في نفسه وتبقى  
المضاربة صحيحة اراد ان يشير الى ذلك بأمر جلي فقال وكل شرط يوجب جهالة في الربح الخ ولا شك ان  
المضاربة المعدومة لا تندرج في هذا المعنى (قوله واذا صححت المضاربة مطلقة جاز للمضارب ان يبيع ويشترى  
ويؤكل ويسافر ويبضع ويودع) فسر أكثر الشراح المضاربة المطلقة هي نابذة لا تكون مقيدة بزمان

التجارات لان المقصود هو الاسترباح وهو لا يحصل الا بالتجارة فالعقد باطلا لانه ينتظم جميع صنوفها ويضع ما هو نوع التجار لكونه مفضيا الى المقصود فيوكل ويضع ويودع لانها من صنيعهم ويسافر لان المسافرة ايضا من صنيعهم واغنى المضارب بشتى من الضرب في الارض كما تقدم فكيف يمنع عن ذلك وعن أبي يوسف أنه ليس له أن يسافر وعنه وعن أبي حنيفة أنه ان دفع اليه في بلد المضارب ليس له أن يسافر لانه تعريض على الهلاك من غير ضرورة وان دفع اليه في غير بلده له أن يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب اذا الانسان لا يستديم الغربة مع امكان الرجوع فلما أعطاه الما بغيره كان دليل الرضا بالمسافرة عند رجوعه الى وطنه فظاهر الرأية ما ذكر في الكتاب يريد قوله والمسافرة يعني انها من صنع التجار



(ولا يجوز لأضارب أن يضارب الآن بأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله) ولا يرد جواز إذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للكتاب والأجرة للاستأجر والأجرة للاستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فأنها أمثال لما يجانسها وقد تضمنت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولا والوكالة ثانيا وليس للسودع والوكيل الأيداع والتوكيل فكذلك المضارب لا يضارب غيره والجواب عن البوائق سيجي في مواضعها (بخلاف الأيداع والأبضاع لانهم مادونه فيضمن ما يبخلاف الاقراض فانه لا يملك به وان قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه لكونه تبرعا كالهبة والصدقة فلا يحصل ما هو المقصود وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة على القرض أما الدفع (٦٤) مضاربة والشركة والخلط بمال نفسه في صنيعهم فيجوز أن يدخل تحت هذا القول)

يعني قوله اعمل برأيك فان قيل اذا كانت المضاربة من صنيعهم والمقصود وهو الربح يحصل بها تعددت جهة الجواز فينبغي أن يترجم على جهة عدم أجيب بأن كلام من جهتي الجواز والعدم صالح للعلمية فلا يترجم غيرها بما كما عرف (وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها لانه توكيل) والتوكيل في شيء معين يختص به (وفي التخصيص) في بلد بعينه (فائدة) من حيث صيانة المال عن خطر الطريق وصيانة المضارب وتفاوت الاسعار باختلاف البلدان وفي عدم استحقاق النفقة في مال المضاربة اذا لم يسافر فيجب رعايتها وقبرها ما هو المقصود وهو الربح (وليس له أن يضع من تجرها من تلك البلدة لانه اذا لم يملك الاخراج بنفسه لا يملك تفويضه الى غيره

على الهلاك من غير ضرورة وان دفع في غير بلده أن يسافر الى بلده لانه هو المراد في الغالب والظاهر ما ذكر في الكتاب قال (ولا يضارب الآن بأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك) لأن الشيء لا يتضمن مثله لتساويهما في القوة فلا بد من التنصيص عليه أو التفويض المطلق اليه وكان كالتوكيل فان الوكيل لا يملك أن يوكّل غيره الا اذا قيل له اعمل برأيك بخلاف الأيداع والأبضاع لانه مدونه فيضمنه وبخلاف الاقراض حيث لا يملكه وان قيل له اعمل برأيك لأن المراد منه التعميم فيما هو من صنيع التجار وليس الاقراض منه وهو تبرع كالهبة والصدقة فلا يحصل به الغرض وهو الربح لانه لا يجوز الزيادة عليه اما الدفع مضاربة في صنيعهم وكذلك الشركة والخلط بمال نفسه فيدخل تحت هذا القول قال (وان خص له رب المال التصرف في بلد بعينه أو في سلعة بعينها لم يجز له أن يتجاوزها) لانه توكيل وفي التخصيص فائدة فيمتنع وكذا ليس له أن يدفعه بضاعة الى من يخرجها من تلك البلدة لانه لا يملك الاخراج بنفسه فلا يملك تفويضه الى غيره

ولامكان (أقول) هذا تصدير منهم جدا لانها اذا لم تكن مقيدة بزمان ولا مكان ولكن كانت مقيدة بسلعة بعينها أو كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه لم تكن مطلقة بل كانت مقيدة لم يجز للمضارب أن يتجاوزها كما ساقى وقال بعض من الشراح في تفسير المضاربة المطلقة ههنا أي غير مقيدة بالمكان والزمان والسلعة (أقول) فيه أيضا فروع تصدير لدخول ما كانت مقيدة بالمعاملة بفلان بعينه في هذا التفسير أيضا مع أنهم ليست بمطلقة حيث يصح ذلك التقييد كما ساقى في الكتاب فالاولى في تفسيرها أن يقال ما لم تقيد بزمان ولا مكان ولا بنوع من التجارة ولا بشخص من المعاملين وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط اذا دفع مالا مضاربة بالنصف ولم يزد على هذا فهذه مضاربة مطلقة وله ان يشتري بها ما بدله من سائر التجارات وله أن يعمل بها ما هو من عادات التجار انتهى (قوله ولا يضارب الآن بأذن له رب المال أو يقول له اعمل برأيك لأن الشيء لا يتضمن مثله) قال صاحب العناية ولا يرد جواز إذن المأذون لعبده وجواز الكتابة للكتاب والأجرة للاستأجر والأجرة للاستعير فيما لم يختلف باختلاف المستعملين فأنها أمثال لما يجانسها وقد تضمنت أمثالها لأن المضاربة تضمنت الأمانة أولا والوكالة ثانيا وليس للسودع والوكيل الأيداع والتوكيل فكذلك المضارب لا يضارب غيره انتهى كلامه (أقول) الظاهر ان قوله لان المضاربة تضمنت الأمانة الخ تعليل لقوله ولا يرد جواز إذن المأذون الخ لكنه منظور فيه لان حاصله إقامة دليل آخر على عدم جواز أن يضارب المضارب غيره بتضمن المضاربة الأمانة والوكالة اللتين لا يجوز فيهما الأيداع والتوكيل ولا يلزم منه عدم ورود النقض بالصورة المزبورة على الدليل

(قوله لان المضاربة تضمنت

الأمانة أولا والوكالة ثانيا وليس للسودع والوكيل الأيداع والتوكيل) أقول بخلاف المأذون لان الثابت بالأذن المذكور فكأن الجرح العبد بعد ذلك يتصرف بحكم المالية الأصلية ولما كان كذلك كان فلا جرح عن التجارة بمنزلة اسقاط الملك عن العبد بالاعتاق لان ذلك الجرح عبارة عن اسقاطه ثم المعتق يعتق عبده وكذلك المأذون بأذن عبده فلا يخفى عليك ما في تقرير الشارح من القصور (قوله والجواب عن البوائق سيجي في مواضعها) أقول أي من مواد النقض بين الجواب حتى يحيل بالجواب عن البوائق كما سيجي فليتأمل (قوله أجيب بأن كلام من جهتي الجواز صالح للعلمية فلا يترجم غيرها بما) أقول لا يظهر فلا يترجم أحدهما بالآخر (قوله وفي التخصيص في بلد بعينه) أقول في تخصيصه بالبلد كلام والظاهر هو التعميم السلعة أيضا فان السلعة متفانية تكون رغبة الناس الى بعضها أكثر

فان خرج به الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن وكان المشتري وربحه له لانه تصرف فيه بخلاف أمره (فصار غاصبا) وان لم يشتروا به الى البلد الذي عينه سقط الضمان كالمدع المخالف اذا ترك المخالفة ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق) فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد أجيب بأنه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لا بد من الخلاف انما يتحقق بالشراء والقرض خلافه وانما قال يرجع بناء على أنه صار على شرف الزوال وأما على رواية المدسوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفسه الاخراج (واذا اشترى ببعضه في المصر الذي عينه وأخرج البعض منه ولم يشتر به ثم رده الى الذي عينه كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما قلنا) من البقاء في يده (٦٥) بالعقد السابق وأما اذا اشترى

قال (فان خرج الى غير ذلك البلد فاشترى ضمن) وكان له له وله ربحه لا تصرف بغير أمره وان لم يشتر حتى رده الى الكوفة وهي التي ينهأ برئ من الضمان كالمدع اذا خالف في الرديعة ثم ترك ورجع المال مضاربة على حاله لبقائه في يده بالعقد السابق وكذا اذا رد بعضه واشترى بعضه في المصر كان المردود والمشتري في المصر على المضاربة لما قلنا ثم شرط الشراء بها ههنا وهو رواية الجامع الصغير وفي كتاب المضاربة ضمنه بنفسه الاخراج والصحيح ان الشراء بتقرر الضمان لزوال احتمال الرد الى المصر الذي عينه أما الضمان فوجوبه بنفسه الاخراج وانما شرط الشراء لتقرر الاصل الوجوب وهذا بخلاف ما اذا قال على أن يشتري في سوق الكوفة حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تبين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهر بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالجرح والولاية اليه

المذكور في الكتاب وهو قوله لان الشيء لا يتضمن مثله فلا يتم التقريب والوجه في الجواب عن النقض بتلك الصور ما ذكر في بعض الشروح من أن الكلام في التصرف نيابة وهو لا يتصرفون بحكم المالكية أما المأذون فلا نال الاذن فلا يجزى عنه ذلك يتصرف العبد بحكم المالكية الاصلية وأما المكاتب فلا نه صار حرايدا وأما المستأجر والمستعير فلا نه صار مملوكا المنفعة (قوله ورجع المال مضاربة على حاله) قال صاحب العناية فان قيل قوله ورجع المال مضاربة يدل على انها زائلة واذا زال العقد لا يرجع الا بالتجديد أجيب بأنه على هذه الرواية وهي رواية الجامع الصغير لم يزل لا بد من الخلاف انما يتحقق بالشراء والقرض خلافه وانما قال يرجع بناء على أنه صار على شرف الزوال وأما على رواية المدسوط فانها زالت زوالا موقوفا حيث ضمنه بنفسه الاخراج اه (أقول) قوله انه رواية الجامع الصغير لم يزل لان الخلاف انما يتحقق بالشراء بخلاف لما حققه المصنف وغيره فيما ساقى من ان شرط الشراء في رواية الجامع الصغير لتقرر الضمان لاصل وجوبه وانما وجوبه بنفسه الاخراج اذ حينئذ يتحقق الخلاف بمجرد الاخراج على رواية الجامع الصغير أيضا فالخوف في باب أن يكتب بأن يقال ان المضاربة زائلة بالاخراج زوالا موقوفا فاذا لم يشتر ورد المال الى البلد الذي عينه رب المال سقط الضمان وعادت المضاربة الى أصلها والعند انما لا يرجع الا بالتجديد فيما اذا زال زوالا متطوعا غير موقوف على شيء (قوله الا اذا صرح بالنهر بأن قال اعمل في السوق ولا تعمل في غير السوق لانه صرح بالجرح والولاية اليه) قال في معراج الدراية فان قيل يشكل على هذا ما ذكر في النخبة انه قال بدع بالسيئة ولا تبسم

(٩ - تكملة سابع) حيث لا يصح التقييد لان المصر مع تبين أطرافه كبقعة واحدة فلا يفيد التقييد الا اذا صرح بالنهر فقال اعمل في السوق ولا تعمل في غيره لانه صرح بالجرح والولاية اليه) ونوقض بما لو قال لي أن تباع بالسيئة ولا تباع بالنقد فباع بالنقد صح ولم يعد مخالفا وحوايه معنى على أصل وهو أن القيد المفيد من كل وجه متبع وغيره كذلك انغو والمفيد من وجه دون وجه متبع عند النهي الصريح ولغو عند السكرت عنه فالاول كال تخصيص ببلد وسلعة وقد قدم والثاني كصورة البقعة فان البيع نقد ابثن كان عن السيئة غير ليس الا فكان التقييد مضرا وأما الثالث فكأن النهي عن السوق فإما مفيد من وجهه من حيث ان (قوله وغيره) أقول أي غير المفيد (قوله كذلك انغو) أقول أي من كل وجه رقبته فان البيع نقد ابثن كان عن السيئة) أقول جملة كان صفة بثن واسم كان ضمير راجع اليه وقوله في التمهيد في نهر كان

البلدات اما من محتلة حقيقة وهو ظاهر وحكامه اذا شرط الحفظ على المودع في محلة ليس له أن يحفظ في غيرها وقد تختلف الاسعار أيضا باختلاف أماكنه وغير مفيد من وجهه وهو أن المصريح ببيان أطرافه جعل مكان واحد كما اذا شرط الايقاع في السلم بأن يكون في المصر ولم يبين المحلة فاعتبرناه حالة التصريح بالنهي لولاية البحر ولم يعتبر عند السكوت عنه والله أعلم قال (ومعنى التخصيص الخ) ذكر ألفاظا تدل على التخصيص وتقر بكلامه ومعنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا أي به هذه الالفاظ والغرض من ذكره التمييز بين ما يدل على التخصيص وما لا يدل وجه ذلك ثمانية ستة منها تنفيذ التخصيص واثنان منها تعتبر مشورة والضابط لتمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيد هو (٦٦) ان رب المال اذا عقب لفظ المضاربة كالا ما لا يصح الابتداء به ويصح متعلقا بما تقدم

بمعنى متعلقا به لئلا يلغو وإذا أعقبه ما يصح الابتداء به لم يجعل متعلقا بما تقدم لان قضاء الضرورة على هذا اذا قال خذ هذا المال على أن تعمل كذا أو في مكان كذا أو قال خذته تعمل به في الكوفة محذور وما يحتملها أو قال فاعمل به في الكوفة أو قال خذته بالصف بالكوفة أو قال لتعمل به بالكوفة ولم يذكر المصنف لان قوله يعمل به بالرفع يعطى معناه فقد أعقب لفظ المضاربة ما لا يصح الابتداء به حيث لا يصح أن يتدعى بقوله على أن تعمل كذا أو بقوله تعمل بالكوفة أو بغيرهما وهو ضم لكه يصح جعله متعلقا بما تقدم فجعل قوله على أن تعمل شرطا والمفيد منه متغير وهذا يفيد صيانة المال في المصر وقبوله لتعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذ مضاربة وقوله فاعمل به في

ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا وكذا اذا قال خذ هذا المال تعمل به في الكوفة لانه تفسير له أو قال فاعمل به في الكوفة لان الفاء لا وصل أو قال خذته بالصف بالكوفة لان الباء لا لصاق أما اذا قال خذ هذا المال واعمل به بالكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيره لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة

بالنقد أو على العكس حيث لو باع بالنقد أو بالنسيئة لا يكون مخالفا مع صريح النهي اذا كان السعر بالنقد والنسيئة لا يماوت قلنا هذا مخالفة بالخيرة لا يكون مخالفة خلافا لفر وهذا كما لو وكله بأن يبيع عبده بألف فباعه بألفين يجوز عندنا خلافا لفر لانه مخالفة بالخيرة اه (أقول) في كل واحد من السؤال والجواب خبط أما في الاول فلا أن قوله أو على العكس غير صحيح اذ لم يذكر كون الجواب في عكس قوله بيع بالنسيئة ولا تبع بالنقد كالجواب فيه لاني الذخيرة ولا في شيء من الكتب الشرعية وأما في الثاني فلا أن قوله هذا مخالفة بالخيرة مما لا يكاد يصح بعدد وج العكس المذكور في الاشكال لانه اذا كان البيع بالنقد مخالفة بالخيرة فما اذا كان السعر بالنقد والنسيئة غير متفاوت لم يتصور كون البيع بالنسيئة في العكس مخالفة بالخيرة أيضا وهذا ظاهر جدا فالجواب أن يطرح حديث العكس في السؤال كما فعله غيره (قوله ومعنى التخصيص أن يقول له على أن تعمل كذا أو في مكان كذا الخ) يعني ان معنى التخصيص يحصل بأن يقول كذا وكذا أي به هذه الالفاظ ومقصوده التمييز بين ما يفيد التخصيص من الالفاظ وما لا يفيد ذلك منها وجه ذلك على ما عرفت ثمانية ستة منها تنفيذ التخصيص فتعبر شرطا واثنان منها لا يفيد فتعتبر مشورة والضابط في التمييز ما يفيد التخصيص عما لا يفيد هو أن رب المال متى ذكر عقب المضاربة ما لا يصح التلذذ به ابتداء ويصح متعلقا بما قبله يجعله متعلقا به لئلا يلغو ومتى ذكر عقبها ما يصح الابتداء به لا يجعله متعلقا بما قبله لانه قضاء الضرورة هذا خلاصة ما ذكره ههنا في جملة الشروح والكافي (أقول) فيه شيء وهو أنهم انفقوا على أن قول رب المال خذ هذا المال لتعمل به في الكوفة برفع تعمل ويجزئه من تلك الالفاظ الستة التي تنفيذ التخصيص مع انه يصح الابتداء بعمل مرفوعا على أن يجعل كلاما مستأنفا كما يصح الابتداء بفاظنين اللذين حصر وافيهما ما يصح الابتداء به في باب المضاربة وهو ما قوله واعمل به بالواو وقوله اعمل به بغير الواو فعلى من تنصى الضابط المذكور ينبغي أن يكون قوله لتعمل به في الكوفة بالرفع مما يفيد التخصيص أيضا فتأمل (قوله أما اذا قال خذ هذا المال واعمل به في الكوفة فله أن يعمل فيها وفي غيره ما لان الواو للعطف فيصير بمنزلة المشورة) فان قيل لماذا لم تجعل الواو لتحال كما في قوله أدالي ألفا وانت حر قلنا انه غير صالح للحال

الكوفة في معناه لان لفه أعقبها للوصل والتعقيب والتمتع المتعقب لهم تسريته وكذا قوله خذته بالصف بالكوفة اه ههنا الباء لا لصاق ويقتضى ان لا يوجب كلامه وهو العمل بالمال ملصقا بالكوفة وهو ان يكون العمل فيها وإذا قال دفعت اليك هذا المال مضاربة بالصف اعمل بالكوفة بغير واو أو به فتدأ عقب ما يصح الابتداء به أما بغير الواو فراضع وأما بالواو لانه مما يجوز لابتداء به فاعتبر كلاما مبتدأ فعمل مشورة كانه قل أن تعمل كذا كان تقع فارقية لم لا تجعل الواو لتحال كما في قوله أدالي ألفا وانت حر (قوله فاعمل قوله على أن تعمل شرطا) أقول شرطا فقول ما لم يجعل (قوله وتوكله اعمل به في الكوفة تفسير لقوله خذته مضاربة) أقول ويجوز أن يكون استثناء بيانيا (قوله وأما بالواو فانه مما يجوز لابتداء به) أقول اذا كان الواو للعطف كما ذكره المصنف لا يجوز لابتداء به وان لم يكن فلا يطابق الشرح المشروح فتأمل

أجيب بعدم صلاحته لذلك ههنا لان العمل انما يكون بعد الاخذ ل حال الاخذ ولو قال خذه مضاربة على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لكونه مقيدا لزيادة الثقة به في المعاملة لتفاوت الناس في المعاملات فضاء واقتضاء مناقشة في الحساب والتزعة عن الشبهات بخلاف ما اذا قال على أن تشتري به من أهل الكوفة أو دفع في الصرف على أن يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة حازلار فائدة الاول يعني من أهل الكوفة التقييد بالمكان وهو الكوفة واذا اشترى بها فقد وحد ذلك وان كان من غير رجل كوفي وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهو الصرف واذا حصل ذلك لا يعتبر بغيره (قوله وهذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك) يعني غير الممكن في الاول والنوع في الثاني دليل على التقييد ويضمن الجواب عما يقال ان ذلك عدول عن مقتضى اللفظ فان مقتضى لفظ الاول أن يكون شراؤه من كوفي لامن غيره سواء كان بالكوفة أو بغيرها وبقرره أن مقتضى اللفظ قد ترك بدلالة العرف والعرف في ذلك المنع عن الخروج من الكوفة صيانة لما له وقد حصل ذلك بها ولما لم يخص المعاملة في الصرف لشخص بعينه مع تفاوت الاشخاص دل على أن المراد به نوع الصرف وقد حصل ذلك وقوله (وكذلك ان وقت المضاربة) معناه أن التوقيت بالزمان مقيد فكان كالتقييد بالنوع والمكان والله أعلم قال (وليس للمضارب (٦٧) أن يشتري من يعتق على رب

المال الخ) وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقراءة أو غيرها كالحلوى بعته لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك يتحقق بالتصرف مرة بعد أخرى وذلك لا يتحقق في شراء القريب لعنفه فالعقد لا يتحقق فيه وفي هذا اشارة الى الفرق بين المضاربة والوكالة فان الوكالة لا يشترط من يعتق على موكله لم يكن مخالفا وذلك لان الربح المحتاج الى تكرار التصرف ليس بمقصود في الوكالة حتى لو كان مقصود الموكل وفيد بقوله اشترى عبدا أبعه فاشترى من يعتق عليه كان

ولو قال على أن تشتري من فلان وتبيع منه صح التقييد لانه مقيد لزيادة الثقة به في المعاملة بخلاف ما اذا قال على أن تشتري به من أهل الكوفة أو دفع في الصرف على أن يشتري به من الصيارفة ويبيع منهم فباع بالكوفة من غير أهلها أو من غير الصيارفة جاز لان فائدة الاول التقييد بالمكان وفائدة الثاني التقييد بالنوع وهذا هو المراد عرفا لا فيما وراء ذلك قال (وكذلك ان وقت المضاربة وقتا بعينه بطل العقد بضميه) لانه لو قيل فبتوقيت بما وقته والتوقيت مقيد بانه تقييد بالزمان فصار كالتقييد بالنوع والمكان قال (وليس للمضارب أن يشتري من يعتق على رب المال لقراءة أو غيرها) لان العقد وضع لتحصيل الربح وذلك بالتصرف مرة بعد أخرى ولا يتحقق فيه لعنفه ولهذا لا يدخل في المضاربة شراعا لا بملك بالقبض كشراعا بالخروج والشراعية بالبيعة بخلاف البيع الفاسد لانه يمكن بيعه بعد فسخه فيتحقق المقصود قال (ولو فعل صار مشتريا لنفسه دون المضاربة) لان الشراعية متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف قال (فان كان في المال ربح لم يجز له أن يشتري من يعتق عليه) لانه يعتق عليه نصيبه ويفسد نصيب رب المال أو يعتق على الاختلاف المعروف فيمتنع التصرف فلا يحصل المقصود (وان اشتراهم ضمن مال المضاربة) لانه يصير مشتريا لغيره ففسد نصيبه بالنقد من مال المضاربة

ههنا لان حال العمل لا يكون وقت الاخذ وانما يكون العمل بعد الاخذ كذا في النهاية وعامة الشروح (أقول) ينتقض هذا الجواب عما اذا قال خذ هذا المال تعمل به بالكوفة بالرفع فانهم جاءوا بقوله تعمل به بالكوفة مما يفيد التخصص وقد صرح في النهاية ومراجع الدررية بأن قوله تعمل على اعرابين بالرفع على الحال وبالجزم على جواب الامر مع ان العلة التي ذكرها في الجواب المزبور لا بد من صلاحية

مخالفا ولهذا أي وليكون هذا العقد وضع لتحصيل الربح لا بدخل في المضاربة شراعا لا بملك بالقبض كالتجر والشراعية بالبيعة لا نقفاء التصرف فيه وتحصيل الربح بخلاف البيع الفاسد لان بيعه بعد القبض يمكن فيتحقق المقصود ولو فعل أي اشترى من يعتق على رب المال صار مشتريا لنفسه دون المضاربة لان الشراعية متى وجد نفاذا على المشتري نفذ عليه كالوكيل بالشراء اذا خالف وقوله متى وجد نفاذا احد تراز عن الصبي والعبد المحجورين فان شراهما ما يتوقف على اجازة الولي والمولى ثم ان كان نقد الثمن من مال المضاربة فيخبر رب المال بين أن يشتري المقبوض من البائع ويرجع البائع على المضارب وبين أن يضمن المضارب مثل ذلك لانه فسخ مال المضاربة دينيا لا ماليا وأما شراء من يعتق على المضارب فانه فسخ مال المضارب لا ماليا كما لم يجز له أن يشتري به فانه يعتق عليه نصيبه بفسد نصيب رب المال لانه يجوز بيعه اكونه منسوبة عند أبي حنيفة أو يعتق الموكل له مما الى الاختلاف المعروف في تجزؤ الاعناق فيمتنع التصرف في نقد ودون اشترائهم ضمن مال المضاربة لانه يصير مشتريا لغيره ففسد نصيبه فيضمن ان كان نقد الثمن من المضاربة

(قوله لان العمل انما يكون بعد الاخذ ل حال الاخذ) أقول وجعله حالا مقدره بخلاف الظاهر



وان لم يكن في المال ربح جاز أن يشترى بهم لانتفاء المانع من التصرف حيث لا شركة له فاذا ازدادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم لملكه بعض قريبه ولم يضمن لرب المال شيئا لان ازدياد القيمة وتلك الزيادة أي نصيبه من الربح أمر حكمي لا يمنع له في ذلك فصار كما اذا ورثه مع غيره كأمراه اشترت من زوج الفات ورثت زوجها وأخعت نصيب الزوج ولا يضمن لأخيها شيئا لعدم الصنع منه ويسمى العبد في قيمة نصيب رب المال من العبد وهو رأس المال وحصه رب المال من الربح لانه احتبست ماله العبد عند العبد فيسمى العبد فيه كما في الوارثة قال (فان كان مع المضارب ألف بالصف الخ وان كان مع المصاحب ألف بالصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولدي يساوي ألفا فادعاء ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخسين وان شاء أعنته ولا يضمن المضارب شيئا ونما قيد بقوله والمدعي موسر لنفي شبهة هي ان الصمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمان اعناق (١٨) في حق الولد وضمن الاعناق يختلف باليسار والاعصار فكان الواجب أن

يضمن المضارب اذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن ووجه ذلك أن الدعوة صحيحة في الظاهر لصدورها من أهلها في عملها جلا على الفراش بالنكاح بأن زوجها منه البائع ثم باعها منه فوطئها فعانت منه لكنه أي الادعاء لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما أعنى الام والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار أعيانا كل واحد منهما يساوي رأس المال كالأولاشترى بألف المضاربة عبيدين كل واحد منهما يساوي ألفا فانه لا يظهر الربح واذ لم يظهر الربح لم يكن للمضارب في الجارية ملك وبدون الملك لا يثبت الاستيلاء واعتراض بوجهين أحدهما أن

(وان لم يكن في المال ربح جاز أن يشترى بهم) لانه لا مانع من التصرف اذا لا شركة له فيه ليعتق عليه (فان زادت قيمتهم بعد الشراء عتق نصيبه منهم) لملكه بعض قريبه (ولم يضمن لرب المال شيئا) لانه لا يمنع من جهته في زيادة القيمة ولا في ملكه الزيادة لان هذا شيء ثبت من طريق الحكم فصار كما اذا ورثه مع غيره (ويسمى العبد في قيمة نصيبه منه) لانه احتبست ماله عند فسمي فيه كما في الوارثة قال (فان كان مع المضارب ألف بالصف فاشترى بها جارية قيمتها ألف فوطئها فجاءت بولدي يساوي ألفا فادعاء ثم بلغت قيمة الغلام ألفا وخمسمائة والمدعي موسر فان شاء رب المال استسعى الغلام في ألف ومائتين وخسين وان شاء أعنته) ووجه ذلك ان الدعوة صحيحة في الظاهر جلا على فراش النكاح لكنه لم ينفذ لفقد شرطه وهو الملك لعدم ظهور الربح لان كل واحد منهما أعنى الام والولد مستحق برأس المال كمال المضاربة اذا صار أعيانا كل عين منها يساوي رأس المال لا يظهر الربح كذا هذا فاذا زادت قيمة الغلام الآن ظهر الربح فنفذت الدعوة السابقة

قوله واعمل به بالكوفة للحال وهي كون العمل بعد الاخذ لا وقت الاخذ جارية بعينها في قوله تعمل به بالكوفة بالرفع فيلزم أن لا يصلح الحال أيضا وان قالوا هذا حال مقدرة كما في قوله تعالى محلقين رؤوسكم ومقصرين يرد أن يقال لم يكن الامر كذلك في قوله واعمل به بالكوفة فلا تنقسم مادة الاشكال بذلك الجواب ثم أقول الجواب التام عن أصل السؤال الخامس مادة الاشكال أن يقال ان قوله واعمل به بالكوفة جملة انشائية وقد تقر في العلوم العربية أن الجملة الانشائية لا تصلح أن تقع حالا سواء كانت مع الواو أو بدونها وهذا مع وضوحه جدا كمن خفي على الشراح حتى تركوه وتشبوا بما يرد عليه الاشكال والشارح العيني قد اعترض على الجواب الذي ذكره عامة الشراح بعد أن ذكره أيضا بأنه لم لا يجوز أن يكون قوله واعمل به بالكوفة حالا منتظرة كما في قوله تعالى محلقين رؤوسكم ولم يرد على هذا شيئا فهو أيضا غلط عن عدم صلاحية الجملة الانشائية لان تقع حالا ثم ان بعض الفضلاء تدارك ما أورده الشارح العيني وقصد توجيه الجواب الذي ذكره العامة فقال وجعله حالا مقدرة خلاف الظاهر فسكانه أيضا غلط عن عدم صلاحية ذلك لان يقع حالا (قوله والمدعي موسر) قال الشراح وانما قيد

الجارية كانت متعينة لرأس المال قبل الولد فتبني كذلك وتعين أن يكون الولد كله ربها والثاني أن المضارب اذا اشترى بألف المضاربة فرسين وكل واحد منهما يساوي ألفا كان له ربهما حتى لو وهب ذلك لرجل وسلمه صح وأجيب عن الاول بأن تعيينها كان لعدم المزاحم لانه ان رأس المال فان رأس المار هو الدرهم ربها الولد لم يحقق المزاحمة فذهب تعيينها ولم يكن أحدهما أولى بذلك من الآخر فاشترى برأس المال وعن الثاني بأن المراد بقوله أعيانا أجناس مختلفة والفرس جدر واحد يقسمان جملة واحدة واذا اعتبر ارجح له على البعض وبما يفسد العبد فانه لا يقسم بالهبل بل كل واحد يكون بينهما على حاله ليكبر الرقيق أجناسا مختلفة عند أبي حنيفة قولوا همداهما أيضا في رواية كتاب المضاربة اذا امتنعت اقسمة لم يظهر الربح فكان كل واحد منهما مشغولا برأس المال فاذا زادت قيمة الغلام على مقدار رأس المال فقد ظهر الربح ونفذت الدعوة السابقة لان سببها كان موجودا وهو فراش النكاح لانهم لم تنفذ لوجود المانع وهو عدم الملك فاذا زال المانع صار نافذا



بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت قيمة الغلام لأن ذلك إنشاء العتق ولم يصادف محله لعدم الملك فكان باطلا وإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك حدوث الملك وأما ما نحن فيه فإخبار فجاز أن ينفذ عند حدوثه كما إذا أقر بجرية عبده ثم اشتراه فإنه يعتق عليه وإذا صححت الدعوة ونفذت ثبت النسب وعتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال من قيمة الولد شيئا لأن عتقه ثبت بالنسب والمال والمالك آخرهما فيضاف إليه لأن الحكم إذا ثبت به ذات وصفين يضاف إلى آخرهما وجود أو أصله مسئلة السفينة والقدح المسكر ولا يصنع له فيه فلا يكون متعديا وضمنان الاتفاق يعتد ذلك وإن انتفى الضمان بقي أحد الأمرين الآخرين من الاستسعاء والاتفاق فإن شاء استسعاءه لا احتباس ماله عند نفسه وإن شاء أعتق لكونه قابلا للعتق (٦٩) فإن المستسعى كالمكاتب عند

أبى حنيفة ويستسعه في ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلماذا يسعى له في هذا المقدار قيل لم لا يجعل الجارية رأس المال والولد كله رجما وأجيب بأن ما يجب على الولد بالسعاية من جنس رأس المال والجارية ليست من ذلك فكان تعيين الألف من السعاية لرأس المال أنسب للجناس وفيه نظر لا نأذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاء وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعى نصف قيمة الام لأن الألف المأخوذ من الولد المستحق برأس المال لكونه مقدما في الاستسعاء على الربح ظهر أن الجارية كلها ربح

بخلاف ما إذا أعتق الولد ثم ازدادت القيمة لأن ذلك إنشاء العتق فإذا بطل لعدم الملك لا ينفذ بعد ذلك بحدوث الملك أما هذا فإخبار فجاز أن ينفذ عند حدوث الملك كما إذا أقر بجرية عبده ثم اشتراه وإذا صححت الدعوة وثبت النسب عتق الولد لقيام ملكه في بعضه ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لأن عتقه ثبت بالنسب والمال والمالك آخرهما فيضاف إليه ولا يصنع له فيه وهذا ضمنان اتفاق فلا بد من التعدى ولم يوجد (وله أن يستسعى الغلام) لأنه احتبس ماله عند نفسه وله أن يعتق لأن المستسعى كالمكاتب عند أبى حنيفة ويستسعه في ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلماذا يسعى له في هذا المقدار ثم إذا قبض رب المال الألف له أن يضمن المدعى نصف قيمة الام لأن الألف المأخوذ المستحق برأس المال لكونه مقدما في الاستسعاء فظهر أن الجارية كلها ربح فتكون بينهما وقد تقدمت دعوة صحيحة لاحتمال الفراش الثابت بالنكاح وتوقف نفاذها على قد الملك فإذا ظهر الملك نفذت تلك الدعوة وصارت الجارية أم ولده ويضمن نصيب رب المال لأن هذا ضمنان تملك وضمن التملك لا يستدعى صنعا كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره ورأته يضمن نصيب شريكه كذا هذا بخلاف ضمان الولد على ما مر

بقوله والمدعى موسر لنفي شبهة هي أن الضمان انما هو بسبب دعوة المضارب وهو ضمن اتفاق في حق الولد وضمنان الاتفاق يختلف باليسار والعسار فكان الواجب أن يضمن المضارب إذا كان موسرا ومع ذلك لا يضمن اه كلامهم (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن القيد المذكور لا يمتنع الشبهة على التقرير المزبور بل يؤيدها سيما إذا جعل قولهم ومع ذلك لا يضمن من تمام الشبهة كما هو الظاهر من تقريرهم وانما الذي ينفي الشبهة على التقرير المزبور ما ذكره المصنف فيما سبق بقوله ولا يضمن لرب المال شيئا من قيمة الولد لأن عتقه ثبت بالنسب والمالك والمالك آخرهما فيضاف إليه ولا يصنع له فيه وهذا ضمنان اتفاق فلا بد من التعدى ولم يوجد اه فالظاهر في تقرير قاعدة القيد المذكور أن يقال اعاقبه بتبعية على عدم اختصاص عدم وجوب الضمان على المضارب بحالة عساره لأنه إذا لم يجب الضمان عليه في حالة يساره فلاز لا يجب ذلك عليه في حالة عساره أولى بخلاف ما لو ذكر الكلام غير مقيد بذلك فإنه يحتمل أن يكون محمولا على حالة عساره فقط (قوله ويستسعه في ألف ومائتين وخمسين لأن الألف مستحق برأس المال وخمسمائة ربح والربح بينهما فلماذا يسعى له في هذا المقدار) قال في الكافي فإن قيل لماذا لا تجعل الأم رأس المال وجميع الولد رجما قلنا لأن ما يجب على

فتكون بينهما وقد تملك المدعى نصيب رب المال منها بجعلها أم ولده بالدعوة السابقة فيضمن وضمن التملك لا يستدعى صنعا بل يعتمد التملك وقد حصل كما إذا استولد جارية بالنكاح ثم ملكها هو وغيره ورأته فإنه يضمن لشريكه نصيبه كالأخ تزوج بجارية أخيه فاستولدها فمات الزوج وترك الجارية ميراثا بين الزوج وأخ آخر فملكها الزوج بغير صنعه ويضمن نصيب شريكه بخلاف ضمان الولد فإنه ضمنان اعاقبه وهو تلاف فلا بد من التعدى ولا يتحقق بدون صنعه وقوله كما مر إشارة إلى قوله لأن عتقه بالنسب والمالك والمالك آخرهما ولا يمنع له فيه ولم يذكر المصنف العقر وهو من المضاربة لأنه بدل المتافع فصار كالكسب

(قوله وفيه نظر لا نأذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاء الخ) أقول وجوابه أن الاستسعاء مقدم لأن الولد أصل في الدعوة والحريية والام تبعه وينبغي أن يكون مراد المحجب هذا

### باب المضارب يضارب

قال (واذا دفع المضارب المال الى غيره مضاربة ولم يذن له رب المال بضمه بالدفع ولا بتصرف المضارب الثاني حتى يرجع فاذا ربح ضمن الاول لرب المال) وهذا رواية الحسن عن أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد اذا على به ضمن ربح أو لم يرجع وهذا ظاهر الرواية وقال زفر رحمه الله يضمن بالدفع على أو لم يعمل وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله لا للممول له الدفع على وجه الايداع وهذا الدفع على وجه المضاربة ولهما أن الدفع ابداع حقيقة وانما يتقرر كونه للمضاربة بالعمل فكان الحال مراعى قبله ولا يحنيفة أن الدفع قبل العمل ابداع

الولد من السعة ما به من جنس رأس المال والامعة ليست من جنس رأس المال فكان تعيين الالف من السعة لرأس المال أولى اه واقتضى أثره في هذا السؤال وهذا الجواب عامة شراح هذا الكتاب وقال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب المزبورين وفيه نظر لا فاذا جعلنا الجارية رأس المال وقد عتقت بالاستيلاء وجبت قيمتها على المضارب وهي من جنس رأس المال اه (أقول) نظره ساقط بعد الان لا رجوعنا الجارية رأس المال لم تعتق بالاستيلاء لان من شرط كونها أم ولد للمضارب أن يكون المضارب مالكا لها وعلى تقدير أن تجعل رأس المال سكون مملوكا لرب المال دون المضارب فلا تصير أم ولد للمضارب ولا تعتق فلا تجب قيمتها على المضارب فلا تصحق المجانسة وهذا مع ظهوره جدا كيف خفي على صاحب العناية فأورد النظر المزبور على الجواب الذي ارتضاه جمهور الثقات كصاحب الكافي وشراح الكتاب وغيرهم ثم ان بعض الفضلاء قال في دفع النظر المزبور وجوابه ان الاستسعاء مقدم لان الولد اصل في الدعوة والحربة والام تتبعه وينبغي أن يكون مراد المجيب هذا اه (أقول) الجواب الذي ذكره هذا القائل وان كان مما يصلح أن يكون جوابا على أصل السؤال كما أشار اليه المصنف بقوله لان الالف المأخوذ لما استحق رأس المال لكونه مقدما في الاستيلاء ظهر ان الجارية كالمهر يرجع فستكون بينهما ما اه الا أنه لا يصلح ان يكون مراد المجيب بالجواب الذي هو محمول الظاهر ان كان مراده هذا المأثرك ذكره بالكلية وتشبه بمناسبة المجانسة التي لا مدخل لها في عسمية هذا الجواب اذا تقدم في الاستسعاء والاستيلاء امر مستقل في اقتضاء كون الالف المأخوذ من الولد رأس المال دون الجارية ونظر صاحب العناية على ذلك الجواب المبني على المجانسة فلا يدفعه هذا الجواب وانما الدافع القاطع له ما حققنا من قبل ثم ان الشراح العيني بعد ان ذكر أصل السؤال والجواب المزبورين نقلا عن الكافي وبعد ان ذكر نظر صاحب العناية على ذلك الجواب نفلا عنه قال قلت الوارذا جهات ترجع بسبب ظهور الربح من جهته اه (أقول) لا يرى لهذا معنى مفيد فان ظهور الربح من جهته لا يقتضي رجحان كون رأس المال هو الالف المأخوذ منه دون قيمة الجارية بل الالف المناسب لظهور الربح من جهته أن يكون الالف المأخوذ منه أيضا من الربح تأمل نقف

### باب المضارب يضارب

لما ذكر حكم المضاربة الاولى ذكر في هذا الباب حكم المضاربة الثانية اذ الثانية تتناول الاولى ابدأ فكذا بيان حكمها كذا في النهاية ومعراج الدراية وهو المختار عندى وذكر فيه ما وجه آخر أيضا هو ان المضاربة مفردة ومضاربة المضارب مركبة والمركب يتناول المفرد ابدأ واختاره صاحب الغاية والعناية (أقول) غيه نعتف لان مضاربة المضارب وان كانت بعد مضاربة رب المال الا أنها مفردة أيضا غير مركبة من المضاربين قطعا لا ترى ان الثاني ابدأ يتناول الاول ولكنه ليس بمركب من الاول ومن نفسه

باب المضارب يضارب  
مضاربة المضارب مركبة  
فأنه ما عن المفردة اختلاف  
علما وثاني موجب الضمان  
على المضارب اذا دفع  
المال الى غيره مضاربة ولم  
يأذن له رب المال فروي  
الحسن عن أبي حنيفة  
أنه لم يضمن بالدفع ولا بتصرف  
المضارب الثاني حتى يرجع  
فالموجب هو حصول الربح  
فان ربح الثاني ضمن الاول  
لرب المال وقال أبو يوسف  
ومحمد وهو ظاهر الرواية اذا  
عمل به ضمن ربح أو لم يرجع  
ثم رجع أبو يوسف وقال  
ضمن بالدفع وبه قال زفر لان  
ما يملكه المضارب هو  
الدفع على سبيل الايداع  
لعدم الاذن بغيره ودفع  
المضارب مضاربة ليس على  
وجه الايداع فلا يملكه  
وله ما ان دفعه ايداع  
حقيقة وانما يتقرر كونه  
للمضاربة بالعمل فكان الحال  
قبله مراعى أى موقوفا  
ان عمل ضمن والا فلا ولا ي  
حنيفة ان الدفع قبل العمل  
ايداع

(v)

وبعد بضاع والفـ إعلان عليهما المضارب فلا يضمن به إلا أنه إذا ربح فقد أثبت له شركة في المال  
فيضمن كالأول بطه بغيره وهذا إذا كانت المضاربة صحيحة فإن كانت فاسدة لا يضمنه الأول وإن عـلى  
الثاني لأنه أجبر فيه وله أجر مثله فلا تثبت الشركة به ثم ذكر في الكتاب ضمن لأول ولماذا ذكر الثاني وقيل  
ينبغي أن لا يضمن الثاني عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما يضمن بناء على اختلافهم في مودع المودع  
وقيل رب المال بالخيار إن شاء ضمن الأول وإن شاء ضمن الثاني بالإجماع وهو المشهور وهذا عندهم ظاهر  
وكذا عنده ووجه الفرق له بين هذه وبين مودع المودع أن المودع الثاني يقبضه لمصلحة الأول فلا يكون  
ضامنا أما المضارب الثاني يعمل فيه لنفسه فإذا أن يكون ضامنا ثم إن ضمن الأول صححت المضاربة  
بين الأول وبين الثاني وكان الربح بينهما على ما شرط لأنه ظهر أنه ملكه بالضممان

قطعا وانما المركب منهما الاثنان نعم ان مضاربة المضارب لما اقتضت المضاربة الاولى حازا ان يحصل  
من مجموعهما امر مركب في العقل ولكنه ليس بمدار الحكم في هذا الباب كما لا يخفى على ذوي الالباب  
(قوله وبعده ابضاع) قال بعض الفضلاء فيه بحث والظاهر ان يقول تو كبل كما في شرح الكسز  
للعلامة الزيلعي اه (اقول) ليس الامر كما فهمه فان المحكوم عليه ههنا بانه ابضاع انما هو الدفع  
لا عقد المضاربة والذي ينافي الابضاع ويلازم التوكيل انما هو عقد المضاربة لا الدفع نفسه فانه انما  
يلازم الايداع قبل العمل والابضاع بعده لا التوكيل لان التوكيل تفويض التصرف لاجل الموكل  
الى غيره وهذا المعنى لا يحصل من الدفع نفسه بخلاف عقد المضاربة كما لا يخفى وأما ما في شرح الكسز  
للعلامة الزيلعي فلم يحكم على الدفع نفسه بأنه تو كبل فانه قال فيه ووجه المروى عن أبي حنيفة ان العقد  
المجرد لا يوجب الضمان ولهذا لا يضمن الفضولي بمجرد بيع مال الغير ولا بالتسليم لاجل التصرف لانه  
ايداع وهو يملك ذلك ولا بالتصرف لانه تو كبل فبسه على ما سئل من قبل اه ولا يخفى أن المفهوم منها  
ان المضارب وتوكيل لان الدفع نفسه تو كبل ولا كلام في ان المضارب وتوكيل بحكم عقد المضاربة وأما ما  
وتوكيل بحكم الدفع فقط فلم يقل به أحد (قوله وهذا اذا كانت المضاربة صحيحة) قال في النهاية ومعراج  
الدراية أي الضمان عليهم اعند الرخ أو العمل على الاختلاف الذي ذكرنا فيما اذا كانت المضاربة  
صحيحة وقال في العناية وشرح العيني أي وجوب الضمان على الاول أو عليهم بالرخ أو العمل على  
ما ذكرنا اذا كانت المضاربة صحيحة (أقول) لا يمتثل أن يكون المشار اليه ههنا وجوب الضمان  
عليهم ما أي على المضارب الاول والثاني بل كون المشار اليه ههنا هو الضمان على الاول متعين لان  
المذكور في الكتاب هو ضمان الاول لا غير ولم يعمد المصنف الى الاثنان شي يتسعر بضمين الثاني  
أي يضاف كيف يصح أن يجعل كلمة هذا ههنا اشارة الى الضمان عليهم ما وشار اسم اشارة أن يشار به الى  
المحسوس المشاهد أو ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد على ما عرفت في محله ووجوب الضمان على الثاني  
مما لم تشم رائحته قط الى الآن فضلا عن أن يجعل بمنزلة المحسوس المشاهد على أن المصنف ههنا به عدد  
بيان ما ذكر في الكتاب من ضمان الاول لمبال المال وأما الثاني فلم يضر أيضا لم لا يفتينه بعد مضافا  
بقوله ثم ذكر في الكتاب يضمن الاول ولم يذكر الثاني الخ فهو ههنا بزل عنه (قوله لانه ما يملك بالضمان

فرق بين هذه المسئلة ومسئلة ودع المودع (ووجهه أن المودع الذي يقضيه له معه الأول فلا يضمه، بل مضاره نفسه) من حيث تركه في الربح (فجاز أن يكون ضاماً ما شاء من ضمن الأول) المضاربة الثانية (التي لا ملك

باب اضارب یصاوب

قال المصنف (وبعدہ ابضاع) أقول فيه بحث والظاهر أن يقول نو كير، كما في شرح الكنز للعلامة الزيلعي

من وقت المخالفة بالدفع على وجه لم يرض به رب المال فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد أي بسببه (لانه عامر له) أي للمضارب الاول (كافي المودع) واعترض بأن كلامه متناقض لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه وههنا قال لانه عامر للمضارب الاول وأجيب باختلاف الجهة (٧٣) يعني أن المضارب الثاني عامر لنفسه بسبب شركته في الربح وعامل لغيره من حيث انه في

الابتداء مودع وعمل المودع وهو الحفظ للمودع والظاهر من كلامه عدمه لانه قال قبل هذا يعمل فيه لمنفعة نفسه ولم يقل عامر لنفسه ويجوز أن يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه فلا تناقض بينهما حينئذ (ولانه مغرور ومن جهته في ضمن العقد) فان الاول قد غره والثاني اعتمد قوله في ضمن عقد المضاربة والمغرور في ضمن العقد يرجع على الغار (وتصح المضاربة الثانية) (والربح بينهما على ما شرطنا لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتداء ويطلب الربح للثاني ولا يطلب للاول لان الثاني يستحقه بعمله ولا خيب فيه والاو يستحقه بملكه المستند بأداء الضمان ولا يعسر عن نوع خيب لانه ثابت من وجه دون وجه وسبيله التصديق قال (فان دفع اليه رب المال مضاربة بالنصف الخ) هذه المسائل الى آخرها ظاهرة لا يحتاج فيها الى شرح وانما قال يطلب اهما ذلك أي للمضارب الاول والثاني الثلث والسادس لان الاول وان لم يعمل بنفسه شيئا فقد باشر العقدين ألا ترى أنه لو أضع المال مع غيره أو أضعه رب المال حتى

من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضى به فصار كما اذا دفع مال نفسه وان ضمن الثاني رجع على الاول بالعقد لانه عامر له كافي المودع ولانه مغرور من جهته في ضمن العقد ونصح المضاربة والربح بينهما على ما شرطنا لان قرار الضمان على الاول فكأنه ضمنه ابتداء ويطلب الربح للثاني ولا يطلب للاول لان الثاني يستحقه بعمله ولا خيب فيه ولا يعسر عن نوع خيب قال (فاذا دفع رب المال مضاربة بالنصف وأذن له بأن يدفعه الى غيره فدفعه بالثلث وقد تصرف الثاني وربح فان كان رب المال قال له على أن مارزق الله فهو بيننا نصفان فلرب المال النصف والمضارب الثاني الثلث وللضارب الاول السادس) لان الدفع الى الثاني مضاربة قد صح لوجود الامر به من جهة المالك ورب المال شرط لنفسه نصف جميع ما رزق الله تعالى فلم يبق للاول الا النصف فيتصرف تصرفه الى نصيبه وقد جعل من ذلك بقدر ثلث الجميع للثاني فيكون له فلم يبق الا السدس ويطلب لهما ذلك لان فعل الثاني واقع للاول كمن استؤجر على خياطة ثوب بدرهم واستأجر غيره عليه بنصف درهم (وان كان قال له على أن مارزقك الله فهو بيننا نصفان فللمضارب الثاني الثلث والباقي بين المضارب الاول ورب المال نصفان) لانه فوض اليه التصرف وجعل لنفسه نصف ما رزق الاول وقد رزق الثلثين فيكون بينهما بخلاف الاول لانه جعل لنفسه نصف جميع الربح فاقترا (ولو كان قال له غار بحت من شيء فيني وبينك نصفان وقد دفع الى غيره بالنصف فللثاني النصف والباقي بين الاول ورب المال) لان الاول شرط للثاني نصف الربح وذلك مقروض اليه من جهة رب المال فيستحقه وقد جعل رب المال لنفسه نصف ما ربح الاول ولم يربح الا النصف فيكون بينهما اولو كان قال له على أن مارزق الله تعالى في نصفه أو قال فما كان من فضل فيني وبينك نصفان وقد دفع الى آخر مضاربة بالنصف فلرب المال النصف والمضارب الثاني النصف ولا شيء للمضارب الاول) لانه جعل لنفسه نصف مطلق الفضل فينصرف شرط الاول النصف للثاني الى جميع نصيبه فيكون للثاني بالشرط ويخرج الاول بغير شيء كمن استؤجر لخطوب ثوب بدرهم فاستأجر غيره لخطمه بمثل (وان شرط للمضارب الثاني ثلثي الربح فلرب المال النصف والمضارب الثاني النصف ويضمن المضارب الاول للثاني سدس الربح في ماله) لانه شرط للثاني شيئا هو مستحق لرب المال فسلم بنفسه في حقه لمافي من الابطال لكن التسمية في نفسها صحيحة كون المسمى معلوما في عقد بملكه وقد ضمن له السلامة فيلزمه الوفاء به ولانه غره في ضمن العقد وهو سبب الرجوع فلهمذا يرجع عليه وهو نظير من استؤجر لخياطة ثوب بدرهم قد دفعه الى من يخطه بدرهم ونصف

من حين خالف بالدفع الى غيره لا على الوجه الذي رضى به فصار كما اذا دفع مال نفسه) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل انما يتشبه على قول زفر لان تحقق المخالفة بالدفع الى الغير انما هو قول زفر وعند أبي يوسف ومحمد درجة مما لا تحقق المخالفة بالدفع مالم يعمل وعند أبي حنيفة رجه الله لا تحقق بالدفع ولا بالعمل مالم يربح وقد مر ذلك كله ولا يخفى ان الالهم بالبيان والتعليل ههنا قول أبي حنيفة لكونه المذكور في الكتاب ثم قولهم لكونه ظاهرا الرواية فلا ينبغي أن يساق التعليل على وجه يختص بقول زفر فليتأمل في التوجيه

ربح كان نصيب المضارب من الربح طيبا له وان لم يعمل بنفسه وانما قال غره في ضمن العقد لان المغرور اذا لم يكن في ضمنه لا يوجب الضمان كما اذا قال لا خره هذا الطريق آمن فاسلكه ولم يكن آمنا فسله فقطع علمه الطريق وأخذ ماله فلا ضمان عليه (قوله واعترض الى قوله وأجيب باختلاف الجهة) أقول المعترض والجيب هو الاتفاق (قوله والظاهر من كلامه عدمه) أقول أي عدم التناقض (قوله ويجوز أن يكون الشخص عاملا لغيره لمنفعة نفسه) أقول الظاهر أن الام للمنفعة

(فصل

**(فصل ٦)** لما كان المضارب بعد ادخال عقد المضاربة أو رب المال حكم غير ما ذكره في فصل على حدة فقال (وإذا شرط المضارب رب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلثه على أن يعمل العبد معه ولنفسه ثلثه فهو جائز) فقله ولعبد رب المال في مقابلته شيئا أن عبد المضارب والاجنبى وليس ذلك باحتراز عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيكون أن يكون احتراز عن الثاني فإنه إذا شرط ذلك للاجنبي على أن يعمل مع المضارب صح الشرط والمضاربة جميعا وصارت المضاربة مع الرجلين وإن لم يشترط عمل الاجنبى معه صحمت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشرط للاجنبي كالسكوت عنه فيكون رب المال لان الربح انما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمن العمل ولم يوجد من ذلك شيء وقوله على أن يعمل العبد معه احتراز عما إذا لم يشترط ذلك فان فيه تفصيلا اما أن يكون على العبد دين أو لا فان لم يكن صح الشرط سواء كان العبد عبد المضارب أو عبد رب المال لانه لما تعذر تصحيح هذا الشرط في حق العبد عما ذكرنا من انتفاء ما وجب استحقاق الربح في حقه جعلناه شرطاً في حق مولاه لان ما هو شرط للعبد شرط لمولاه اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فان كان عبد المضارب (٧٣) فعلى قول أبى حنيفة لا يصح الشرط والمشرط كالسكوت

والمشرط كالسكوت عنه فيكون رب المال لانه تعذر تصحيح هذا الشرط للعبد وتعدرت تصحيحه للمضارب لانه لا يعمل كسب عبده عند أبى حنيفة اذا كان على العبد دين وعندهما يصح الشرط ويجب الوفاء به وان كان عبد رب المال فالمشرط رب المال بخلاف وأما اذا شرط أن يعمل العبد وهو المذكور في الكتاب صريحاً فهو جائز على ما شرطوا سواء كان على العبد دين أو لم يكن (لان العبد يد معتبرة لاسمها اذا

**(فصل ٦)** وإذا شرط المضارب رب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) لان العبد يد معتبرة خصوصاً اذا كان مأذوناً واشترط العمل اذنه ولهذا لا يكون للمولى ولاية أخذاً ما ودعه العبد وان كان محجوراً عليه ولهذا يجوز بيع المولى من عبده المأذون له واذا كان كذلك لم يكن مانعاً من التسليم والتخلى بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ماهر واذا صحمت المضاربة يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلث للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين وان كان عليه دين فهو لغرماء هذا اذا كان العاقده والمولى ولو عقد العبد المأذون عقد المضاربة مع أجنبي وشرط العمل على المولى لا يصح ان لم يكن عليه دين لان هذا اشتراط العمل على المالك وان كان على العبد دين صح عند أبى حنيفة لان المولى بمنزلة الاجنبى عنده على ما عرف والله أعلم

**(فصل ٦)** (قوله وإذا شرط المضارب رب المال ثلث الربح ولعبد رب المال ثلث الربح على أن يعمل معه ولنفسه ثلث الربح فهو جائز) هذه من مسائل الجامع الصغير وقد تكلم الشراح في أمر التقييد بعبد رب المال فيها فقال صاحب النهاية التقييد بعبد رب المال لا للشرط فان الحكم في عبد المضارب كذلك أيضاً ونقل عن الذخيرة والمعنى تفصيلاً يدل على ذلك وقال صاحب معراج الداراة التقييد بعبد رب المال لا للشرط فان حكم عبد المضارب كذلك وكذا الوشرط لاجنبى وكذا كل من لا يقبل شهادة المضارب أو شهادة رب المال وقيل قيد بعبد رب المال لان فيه خلافاً لبعض أصحاب الشافعى وبعض أصحاب أحمد وفي غيره لا خلاف وجه قول البعض ان يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى كلامه ورد عليه بعض الفضلاء فيما ذكره بقبيل حيث قال بعد نقل

(١٠ - تكمله سابق) كان مأذوناً واشترط العمل اذنه ولهذا أى ولان العبد يد معتبرة (لا يكون للمولى ولاية أخذاً ما ودعه العبد وان كان محجوراً عليه ولهذا) أى وليكون اليد معتبرة خصوصاً اذا كان مأذوناً (يجوز بيع المولى من عبده المأذون له) يعنى اذا كان مديوناً على ما سيجي من اذا كان له يد معتبرة لم يكن اشتراط عمله مانعاً من التسليم والتخلى بين المال والمضارب بخلاف اشتراط العمل على رب المال لانه مانع من التسليم على ماهر واذا صحمت المضاربة (الشرط) يكون الثلث للمضارب بالشرط والثلث للمولى لان كسب العبد للمولى اذا لم يكن عليه دين واذا كان عليه دين فهو لغرماء هذا اذا كان العاقده والمولى ولو عقد المأذون له الخ) ظاهر

**(فصل ٦)** وإذا شرط المضارب (ولعبد رب المال ثلث الربح) أقول قال البخاري قيد بعبد رب المال لان فيه خلاف بعض أصحاب الشافعى وبعض أصحاب أحمد وجه قولهم ان يد الغلام كيد سيده فلا يجوز اشتراط عمله كاشتراط عمل رب المال انتهى وفيه بحث لانه لا خلاف في جواز اشتراط عمل عبد المضارب أو الاجنبى على أن يكون له الثلث (قوله فيجوز أن يكون احترازاً عن الثاني) أقول فيه تأمل (قوله فإنه إذا شرط ذلك للاجنبي) أقول عبد أو امرأ ابن المضارب أو زوجته أو غيرها



وهو عزل المضارب وقسمته  
مال المضاربة في هذا  
الفصل قال ( واذا مات  
رب المال أو المضارب  
بطلت المضاربة الخ ) اذا  
مات رب المال أو المضارب  
بطلت المضاربة لانه توكيل  
على ما تقدم وعموت الموكل  
تبطل الوكالة ورد بأنه لو  
كان توكيلا للمراجع  
المضارب على رب المال  
مرة بعد أخرى اذا هلك  
التمن عند المضارب بعدما  
اشترى شيئا كالوكيل اذا  
دفع اليه الثمن قبل الشراء  
له وهلك في يده بعده فانه  
يرجع به على الموكل ثم لو  
هلك بعدما أخذه ثانيا  
لم يرجع به عليه مرة  
أخرى وبأنه لو كان توكيلا  
لاتعزل اذا عجزه رب المال  
بعد ما اشتري بمال  
المضاربة عموما وكفى  
الوكيل اذا علمه وبأنه لو  
كان توكيلا للمعاد  
المضارب على مضاربتيه  
اذا لم يقرب للمال بدار  
الحرب مرتدا ثم عاد مسلما  
كالوكيل والجواب عن  
ذلك كله سافى

فصل في العزل والقسمه  
(قوله ثم عاد مسلما كالوكيل)  
أقول قال الاتفاقى فانه اذا  
رجع الموكل مسلما لا تعود  
الوكالة فى ظاهر الرواية  
خلافا لما روى عن محمد

وقد صرح في باب عزل الوكيل

فصل في العزل والقسمه قال (واذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة) لانه لو كيل على ما تقدم وموت الموكل بطل الوكالة وكذا موت الوكيل ولا تورث الوكالة وقد مر من قبل

ذلك عنه وفيه بحث لانه لا خلاف في حواش اشتراط عمل عبد المضارب أو الاجنبي على أن يكون له الثلث انتهى (أقول) لا يفهم لهذا البحث وجه ورود على ذلك المنقول أصلا بل هذا يؤيد ذلك لان قوله لانه لا خلاف في حواش اشتراط عمل عبد المضارب الخ يصير بيانا لما قيل وفي غيره لا خلاف فلا مخالفة بين البحث ومورده فضلا عن المنافاة ثم ان محمول ذلك المنقول أنه اذا كان في عبد رب المال خلاف لافي غيره كان ذلك عبد رب المال محل الاحتياط والاهتمام دون ذكر غيره فلذلك قيده وهذا مما لا يقدح فيه البحث المذكور أصلا كما لا يخفى على الفطن وقال صاحب العناية قوله ولعبد رب المال في مقابلته شيان عبد المضارب والاجنبي وليس ذلك باحتراز عن الاول لان حكم عبد المضارب فيما نحن فيه حكم عبد رب المال فيكون احترازا عن الثاني فانه اذا شرط ذلك للاجنبي على أن يعمل مع المضارب بصح الشرط والمضاربة تجعلا وصارت المضاربة مع الرجلين وان لم يشترط عمل الاجنبي معه صححت المضاربة مع الاول والشرط باطل ويجعل الثلث المشروط للاجنبي كالمسكوت عنه فيكون لرب المال لان الربح انما يستحق برأس المال أو بالعمل أو بضمان العمل ولم يوجد من ذلك شي انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لانه لا يكاد أن يحصل الاحتراز بقوله ولعبد رب المال عن الاجنبي أصلا أي سواء شرط أن يعمل مع المضارب أو لم يشترط أما اذا شرط ذلك فلا حكم للاجنبي حينئذ عين حكم عبد رب المال حيث يصح الشرط والمضاربة جعلا وكيف يتصور الاحتراز مع الاتحاد في الحكم وأما اذا لم يشترط ذلك فلا نه وان تغير الحكم حينئذ حيث يبطل الشرط لكن السبب فيه عدم اشتراط العمل لالكونه اجنبيا فلا احتراز عنه انما يحصل بقوله على أن يعمل معه لا بقره ولعبد رب المال الا ترى انه لو قال بدل قوله ولعبد رب المال ثالث الربح على أن يعمل معه وللاجنبي ثلث الربح على أن يعمل معه لم يخرج الاجنبي الذي لم يشترط له العمل مع المضارب من حكم المسئلة أيضا فلم يكن لقوله ولعبد رب المال مدخل في الاحتراز عنه أصلا وقال صاحب الكفاية التقييد بعبد رب المال مع اب الحكم في عبد المضارب كذلك عند اشتراط العمل لدفع ما يتوهم أن يد العبيد للمولى في مجتمع التخلية فقال هو جاز ان انتهى كلامه (أقول) هذا هو الحق عندى ولقد أشار اليه المصنف في تعليل المسئلة حيث قال لان للعبيد ما يعتبره خصوصا اذا كان مأذونا له ثم قال واذا كان كذلك لم يكن مانعا من التسليم والتخلية بين رب المال والمضارب ثم تل تقف

والفصل في العزل والقسمه في أى في عزل المضارب وقسمته الربح لما فرغ من بيان حكم المضاربة  
والربح ذكر في هذا الفصل الحكم الذى يوجد بعد ذلك لان عزل المضارب بعد تحقق عقد المضاربة وكذا  
القسمه بعد تحقق مال الربح (قوله واذا مات رب المال أو المضارب بطلت المضاربة لانه توكيل  
على ما قدم وموت الموكل يبطل الوكالة وكذا موت الوكيل) قال في العناية أخذاً من النهاية ورد  
بأنه لو كان توكيل المار جع المضارب على رب المال مة بعد أخرى اذا هلك الثمن عند المضارب بعد  
ما اشتري شيئاً كالوكيل اذا دفع اليه الثمن قبل الشراء وهلك في يده بعده فانه يرجع به على الموكل ثم لو هلك  
بعد ما أخذه فأيام الرجوع به عليه مرة أخرى وبأنه لو كان توكيله نعل اذا عزله رب المال بعد ما اشتري  
بمال المضاربة عروضاً كافي الوكيل اذا علم به وبأنه لو كان توكيله للمال المضارب على مضاربه  
اذا حقر رب المال بدواخر بمرتدائهم عاد مسلماً كالوكيل والجواب عن ذلك كله سيأتي انتهى كلامه  
يريد بالجواب الآتي عن انزال الأول ما يأتي في الكتاب قبيل فصل الاختلاف من بيان الفرق بين المضاربة

(وان ارتد رب المال عن الاسلام) والعياذ بالله (ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة) لان الموقوف بمنزلة الموت  
ألا ترى أنه يقسم ماله بين ورثته وقبل لحقوقه فيتوقف تصرفه مضاربه عند أبي حنيفة رحمه الله لانه  
يتصرف له فصار كتصرفه بنفسه

والوكالة في المسئلة الاولى وباجواب الا ترى عن الرد الثاني ما يأتي في الكتاب أيضا في هذا الفصل من بيان  
علة عدم انزال المضارب في المسئلة الثانية وباجواب الا ترى عن الرد الثالث ما يأتي في الشروح  
في المسئلة الثانية المتصلة بما نحن فيه من بيان وجه المسئلة الثالثة (أقول) الذي يعلم عماد كوفي  
المواضع الثلاثة الاتية انما هو الفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل الثلاث وبذلك  
لا يحصل الجواب عن الرد بالوجه الثلاثة المذكورة ههنا لان حاصله القدر في الدليل الذي ذكره  
المصنف بقوله لانه توكيل بأنه لو كان توكيلا لمخالف حكمه حكم التوكيل في المسائل الثلاث المزبورة  
وبالفرق بين المضاربة والتوكيل في تلك المسائل لا يظهر كون المضاربة توكيلا حتى يندفع رد الدليل  
المذكور ههنا بتلك المسائل بل يظهر به خلاف ذلك فينبأ كذا الرد والاشكال فان قلت المراد بما في  
الدليل المذكور ان المضاربة توكيل في بعض الاحكام دون جميعها فلا يقدح فيه اختلافهما في الوجه  
الثلاثة المذكورة قلت حينئذ لا يفيد الدليل المدعى اذ لا يلزم من كون المضاربة توكيلا في بعض  
الاحكام كونها توكيلا في جميعها فلهذا لم يتم التقريب فان قيل المراد انما هو توكيل في بعض الاحكام  
التي من جملتها ما نحن فيه قلنا حينئذ لا يصلح ما ذكر في معرض الدليل لان يكون دايلا أصلا لصيرورته  
أخفى من المدعى ولا أقل من أن يصير ممثلا المدعى في المعرفة والجهالة فلا يتم المطلوب تأمل (قوله)  
وان ارتد رب المال عن الاسلام ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة قال الشراح ههنا اذ لم يعد مسلما  
اما اذا عاد مسلما قبل القضاء لمحقه أو بعده فكان عقد المضاربة على ما كان أما قبل القضاء لمحقه  
فلا ينعزل الغيبة وهي لا توجب بطلان المضاربة وأما بعد القضاء به فلكان حق المضارب كالموت كان  
مات حقيقة وعزاه جماعة منهم الى اليسوط (أقول) فيه اشكال أداؤا فلا تلو مات حقيقة بطلت  
المضاربة قطعاً كما مر في المسئلة المتقدمة آنفاً فكيف يصح قولهم كالموت حقيقة اللهم إلا أن يقيد  
قولهم كالموت بحال كون المال عروضا فان المضارب لا ينعزل حينئذ كما سيأتي في الكتاب وأما ثانيا  
فلا تها ان كانت علة بقاء عقد المضاربة على حاله فيما اذا عاد مسلما بعد القضاء لمحقه هي مكان حق  
المضارب كان ينبغي أن يبقى على حاله فيما اذا لم يعد أيضا بهذه العلة فلي تأمل ثم أقول الذي يظهر من تعليل  
المصنف هذه المسئلة وعماد كوفي بعض المعتمدين أن لا يكون فرق في بطلان المضاربة بين ما اذا لم يعد  
مسلماً وبين ما اذا عاد مسلماً بعد سقوطه بدار الحرب مرتداً سيما بعد القضاء لمحقه أما ظهور ذلك من تعليل  
المصنف هذه المسئلة فلا يهمل في تعليله اياها لان اللعوق بمنزلة الموت عندنا لا يرى أنه يقسم ماله  
بين ورثته ولا ينبغي أن المضاربة لا تبقى بعد الموت على ما كانت بل تبطل بالموت قطعاً كما مر فكذا بما هو  
منزلة الموت وأما طه - ورمه عماد كوفي بعض المعتمدين - بات فلا تها في البسائط ولو ارتد رب المال فباع  
المضارب أو اشتري بالمال بعد الردة فذلك كله موقوف في قول أبي حنيفة ان رجوع الى الاسلام بعد ذلك  
نفذ ذلك كله وان تحقق ردته بالعدم في جميع أحكام المضاربة وضار كأنه لم يرتد أصلاً وكذا اذا لحق بدار  
الحرب ثم عاد مسلماً قبل أن يحكم له بدار الحرب على الرواية التي تشترط حكم الحاكم لمحقه للحكم  
بموته وصيرورة أمواله ميراثاً لورثته فان مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي لمحقه  
بطلت المضاربة اهـ ولا ينبغي ان المفهوم من قوله ثم عاد مسلماً قبل ان يحكم له بدار الحرب بطلان  
المضاربة لوعاد مسلماً بعد أن يحكم لمحقه بدار الحرب ومن قوله - على الرواية التي تشترط حكم الحاكم  
لمحقه للحكم بعموته بطلانها ولوعاد قبل أن يحكم لمحقه بدار الحرب - ومن قوله - على الرواية التي تشترط حكم الحاكم لمحقه للحكم

واذا ارتد رب المال عن  
الاسلام والعياذ بالله ولحق  
بدار الحرب بطلت المضاربة  
يعني اذا لم يعد مسلماً أما اذا  
عاد مسلماً قبل القضاء أو  
بعده فكانت المضاربة كما  
كانت أما قبل القضاء فلا ينعزل  
الغيبة وهي لا توجب  
بطلان المضاربة وأما بعده  
فلحق المضارب كالموت  
حقيقة وأما قبل لحوقه  
فيتوقف تصرف المضارب  
عند أبي حنيفة لان المضارب  
يتصرف لرب المال فكان  
كتصرف رب المال بنفسه  
وتصرفه موقوف عنده  
فكذا تصرف من يتصرف له

ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها في قوله سم جميعا حتى لو اشترى وباع ورجع أو وضع ثم قتل على رذته أو مات أو لحق بدار الحرب فإن جميع ما فعل من ذلك جائز والرجع بينهما على ما شرطنا لأن له عبارة صحيحة لأن صحتها بالآدمية والتميز ولا خلل في ذلك والعبارة الصحيحة مبنى صحة الوكالة (٧٦) وتوقف تصرف المرتد لتعلق حق الوارث ولا توقف في ملك رب المال لعدم تعلقهم

(ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها لأن له عبارة صحيحة ولا توقف في ملك رب المال فبقيت المضاربة قال (فإن عزل رب المال المضارب لم يعلم بعزله حتى اشترى وباع فتصرفه جائز) لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصد يتوقف على علمه (وإن علم بعزله والمال عرض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل من ذلك) لأن حقه قد ثبت في الرجوع وإنما يظهر بالقسمة وهي تبتني على رأس المال وإنما ينقض بالبيع قال (ثم لا يجوز أن يشتري بثمنها شيئا آخر) لأن العزل إنما يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقد أهمل العزل (فإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير وقد نضت لم يجوز له أن يتصرف فيها) لأنه ليس في أعمال عزله إبطال حقه في الرجوع فلا ضرورة قال وهذا الذي ذكره إذا كان من جنس رأس المال فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيعها بجنس رأس المال استقصانا لأن الرجوع لا يظهر إلا به وصار كالعرض

بموته وإن الظاهر من إطلاق قوله فإن مات أو قتل على الردة أو لحق بدار الحرب وقضى القاضي بلحاظه بطلت المضاربة بعد أن تعرض لعوده مسلما فيما سبق بطلانها بعد القضاء بلحاظه وإن عاد مسلما وقال الامام الأسننجاني في شرح الكافي للحاكم الشهيد ولو ارتد رب المال ثم قتل أو مات أو لحق بدار الحرب فإن القاضي يجيز البيع والشراء على المضارب والرجع له ويضمنه رأس المال في قياس قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد هو على المضاربة بالولاية الأصلية فيتوقف ويبطل بالموت أو بالقضاء بالحق ولو لم يرفع الأمر إلى القاضي حتى عاد المرتد مسلما جاز جميع ذلك على المضاربة لأنه انتقضت رذته قبل اتصال القضاء بها فبطل حكمها اهـ ولا يخفى أن الظاهر من هذا أيضا أنه لو عاد مسلما بعد القضاء لم يوقفه بطلت المضاربة بالاتفاق (قوله ولو كان المضارب هو المرتد فالمضاربة على حالها) في معنى كلام المصنف هذا احتمالا لعقيلان أحدهما أن يكون قوله هذا ناظرا إلى قوله وإن ارتد رب المال ولحق بدار الحرب بطلت المضاربة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد فاللاحق بدار الحرب فالمضاربة على حالها أي هي غير باطلة وثانيه ما أن يكون قوله هذا ناظرا إلى قوله وقبل لحوقه يتوقف تصرف مضاربه عند أبي حنيفة فيكون المعنى ولو كان المضارب هو المرتد قبل لحوقه فالمضاربة على حالها أي لا يتوقف تصرفه عند أبي حنيفة أيضا بل يجوز جميع تصرفاته عندهم جميعا وقد ذهب إلى المعنى الأول صدر الشريعة في شرح الوفاية حيث قال في شرح قول صاحب الوفاية وتبطل بعون أحدهما ولحق المالك مرتدا بخلاف لحاق المضارب بدار الحرب مرتدا حيث لا تبطل المضاربة لأنه عبارة صحيحة اهـ واقتفى أثره من المتأخرين صاحب الدرر والغرر وصاحب الإصلاح والإيضاح وهو لظاهر من نفس عبارة الوفاية أيضا حيث أضيف فيها الموت المبطل إلى أحدهما مطلقا واللاحق المبطل إلى المالك فقط فدل على أن لحاق المضارب لا يبطل بناء على أن تخصيص الشيء بالذكر في الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه بالاتفاق كما نصوا عليه (أقول) ذلك المعنى ليس بصحيح عندني إذ قد تقرر في باب أحكام المرتدين أن المرتد إذا لحق بدار الحرب وحكم الحاكم لمحاقه صار من أهل الحرب وهم أموات في حق أحكام الآسلاف ولقد أفصح عنه المصنف في هذا الفصل أيضا حيث قال في تعليل بطلان

به فبقيت المضاربة بخلاف ما يطبقه في العهدة فيما باع واشترى يكون على رب المال في قول أبي حنيفة لأن حكم العهدة يتوقف برذته لأنه لو لم تمت له لقضى من ماله ولا تصرف له فيه فكان كالصبي المحجور إذا تولى عن غيره بالبيع والشراء وفي قول أبي يوسف ومحمد حالته في التصرف بعد الردة كهي فيه قبلها فالعهدة عليه ويرجع على رب المال قال (فإن عزل رب المال المضارب الخ) إذا عزل رب المال المضارب ولم يعلم بعزله حتى لو اشترى وباع جاز تصرفه لأنه وكيل من جهته وعزل الوكيل قصد يتوقف على علمه وإذا علم بعزله والمال عرض فله أن يبيعها ولا يمنعه العزل عن ذلك نقدا أو نسيئة حتى لو شاء عن البيع نسيئة لم يجر له بئنه لأن حقه قد ثبت في الرجوع بمقتضى صحة العقد والرجوع وإنما يظهر بالقسمة والقسمة تبتني على رأس المال بتمييزه ورأس المال إنما ينص أي يتيسر ويحصل بالبيع ثم إذا باع شيئا لا يجوز أن

المضاربة

بشترى بالثمن شيئا آخر لأن العزل إنما يعمل ضرورة معرفة رأس المال وقد اندفعت حيث صار نقدا

فيعمل وإن عزله ورأس المال دراهم أو دنانير فقد نضت فلم يجز له أن يتصرف فيها لأنه ليس في أعمال عزله إبطال حقه في الرجوع تظهروه فلا ضرورة في ترك الأعمال قال هذا الذي ذكره أن كان من جنس رأس المال فإن لم يكن بأن كان دراهم ورأس المال دنانير أو على القلب له أن يبيع بجنس رأس المال استقصانا لأن الرجوع لا يظهر إلا به وصار كالعرض

وعلى هذا موت رب المال ولحقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها قال (واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون) لانه بمنزلة الاجير والربح كالأجر

المضاربة اذا ارتد رب المال ولحق بداد الحرب لان الحق بمنزلة الموت ألا ترى أنه بعسم ماله بين ورثته اه فاذا كان كذلك فاني يمكن تصرف الميت حتى يصح تصرف المضارب على حاله بعد أن لحق بداد الحرب مرتد على ان يبط لان المضاربة اذا لحق المضارب بداد الحرب وقضى بلعائنه بمصرح به في المعسرات قال في البدائع وان مات المضارب أو قتل على الردة بطلت المضاربة لان موته في الردة كموته قبل الردة وكذا اذا لحق بداد الحرب وقضى بلعائنه لان رده مع اللحاق والحكم به بمنزلة موته في بطلان تصرفه اه فالحق هو المعنى الثاني وهو مراد المصنف كما مرشد اليه قوله في تعليقه ولا توقف في ملك

رب المال اذا لم يرب ان هذا القول للاحتراز عن التوقف في ملك رب المال عند أبي حنيفة اذا كان هو المرتد والتوقف في ملكه عنده وانما يكون قبل اللحاق لا بعده فلا بد أن يكون المراد ههنا أيضا ما يكون قبل اللحاق لا يبلغوهذا القول في التعليل ويشير اليه زيادة الشراح في قولهم جميعا بعد قوله فالمضاربة على حالها حيث قالوا فالمضاربة على حالها في قولهم جميعا فلا يشك ان زيادة هذا القيد للإيحاء الى تحقق الخلاف بين أئمتنا فيما اذا كان رب المال هو المرتد ولا خلاف فيه بعد الحقوق وانما الخلاف فيه قبل الحقوق حيث يتوقف تصرف مضاربه عند أي حنيفة ولا توقف عنده ما لم ينفذ فلا بد أن يكون المراد بالوفاق في بقاء المضاربة على حالها فيما اذا كان المضارب هو المرتد وهو الوفاق

فيه قبل الحقوق لتظهر فائدة ذلك القيد تدبر (قوله وعلى هذا موت رب المال في بيع العروض ونحوها) وفي بعض النسخ وعلى هذا موت رب المال ولحقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها فكل كلمة هذا في قوله وعلى هذا اشارة الى قوله لا يمنع العزل من ذلك يعني لا ينعزل المضارب بالعزل الحكمي اذا كان

المال عروضاً لم يبيعها بعد العزل كما لا ينعزل بالعزل القسدي في تلك الصورة لان عدم عمل العزل فيها لا يلزم ابطال حق المضارب ولا تفاوت في ذلك بين ذينك العزلين ثم ان ضمير المؤنث في قوله ونحوها راجع الى العروض أي ونحو العروض في حق البيع بان كان رأس المال دراهم والنفقة دنانير أو على القلب هذا ما ذهب اليه أكثر الشراح وهو المختار عندى وأما صاحب غاية البيان فقال وأرد بقوله ونحوها ما اذا ارتد رب المال ولحق بداد الحرب أو قتل أو مات مرتدا ثم يباع لمضارب العروض جازي بعه

على المضاربة لما قلنا والضمير في ونحوها على هذا يرجع الى موت رب المال على تأويل المية فينبغي أن يقال برفع الواو (أقول) فيه نظرا لانه مع ابتناؤه على تأويل بيع من حيث للنظر محتمل من حيث المعنى أما على النسخة الثانية فظاهر لان ما هو بمحو الموت وانما هو الحقوق بداد الحرب مرتدا وقد ذكره ذا صريح في تلك النسخة بقوله ولحقه بعد الردة فلم يبق بعد ذلك محتمل لان يقال ونحو الموت وأما على النسخة الاولى فلا تله قد أدرج الموت في بيان ما هو المراد بقوله ونحوها حيث قال وأرد بقوله ونحوها ما اذا ارتد رب المال ولحق بداد الحرب أو قتل أو مات فيلزم أن يكون الموت نحو الموت وهو باطل ثم قال صاحب الغاية ويجوز أن يرجع الى بيع العروض بان يعطى لضاف حكم المؤنث باعتباره اضافته الى المؤنث كما في قوله \* كما شرقت صدر القناة من الدم \* فعني هذا يقال بجر الواو (أقول) هذا أيضا مع كونه تعسفاً من حيث المنظر ذلك من حيث المعنى لانه لوهم أن يجوز للمضارب بعد موت رب المال تصرف آخر في مال المضاربة فهو تصرف في بيع العروض وليس كذلك ثم قال ويجوز أن يرجع الى العروض على معنى في بيع لعروض وفي بيع نحو العروض كما اذا كان رأس المال دراهم والمال دنانير أو على العكس لانها نحو العروض في ان المضارب لا ينعزل بموت رب المال اه كلامه (أقول)

(قوله وعلى هذا موت رب المال) يريد به أن العزل الحكمي كالقسدي في حق المضارب ففي كل موضع لم يصح العزل القسدي لم يصح الحكمي لان عدم عمل العزل لما فيه من ابطال حق المضارب ولا تفاوت في ذلك بين العزلين (واذا افترقا وفي المال ديون وقد ربح المضارب فيه أجبره الحاكم على اقتضاء الديون لكونه بمنزلة الاجير وأجره الربح

قال المصنف (وعلى هذا موت رب المال ولحقه بعد الردة في بيع العروض ونحوها) أقول الضمير قوله ونحوها راجع الى الموت على تأويل المية ويجوز أن يرجع الى بيع العروض على اكتساب التائب من المضاف اليه وفيه شيء

وان لم يرجع لم يجبر على ذلك لانه وكيل محض) حيث ذوال وكيل متبرع (والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به) فان قيل رد رأس المال على الوجه الذي قبضه واجب عليه وذلك لا يتم الا بالقبض وما لا يتم الواجب الا به فهو واجب واجب بان لا نسلم أن الرد واجب وانما الواجب عليه رفع يده كالمودع (فيقال له وكل رب المال في الاقتضاء) فان قيل ذلك فقد زالت يده وبذله من ذلك (لان حقوق العقد ترجع اليه) فان لم يرد كل يضيع حتى رد المال (وفي الجامع الصغير يقال له أجل مكان قوله وكل والمراد به الوكالة) فكان في الكلام استعارة ومجازها معروف وهو اشتغالها على النقل وانما هو بذلك أجل ربه وهو أن رأس المال دين من ذمة المضارب وليس كذلك (وعلى هذا سائر الوكالات) يعني الوكيل اذا باع ونزل يقال له وكل الموكل بالاقتضاء (و) اما (البيع والسمسار) وهو الذي يعمل للغير بيعاً وشراء فانهما (يجبران على التقاضي لانهما يعملان (٧٨) بالاجرة عادة) واذا وصل اليه أجره أجبر على تمام عمله واستتمامه فلما تخلوا من فساد لاه اذا استؤجر

على شراء شيء فقد استؤجر على ما لا يستقل به لان الشراء لا يتم الا بمساعدة البائع على بيعه وقد لا يساعده وقد يتم بكلمة وقد لا يتم بعشر كلمات فكان فيه نوع جهالة والاحسن في ذلك أن يأمر بالبيع والشراء ولم يشترط أجزا فكون وتبلا معينه ثم اذا فرغ من عمله عوض بأجر المثل هكذا روى عن أبي يوسف ومحمد قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح الخ) الاصل في هذا أن الربح لا يتبين قبل وصول رأس المال الى رب المال قال النبي صلى الله عليه وسلم لم مثل المؤمن كمثل التاجر لا يعلم له ربحه حتى يسلم له رأس ماله فكذلك المؤمن لا يسلم له نوافله حتى تسلم له

(وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء) لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به (ويقال له وكل رب المال في الاقتضاء) لان حقوق العقد ترجع الى العاقد فلا بد من توكيله كي لا يضيع حقه وقال في الجامع الصغير يقال له أجل مكان قوله وكل والمراد منه انو كالة وعلى هذا سائر الوكالات والبيع والسمسار يجبران على التقاضي لانهما يعملان بالاجرة عادة قال (وما هلك من مال المضاربة فهو من الربح دون رأس المال) لان الربح تابع وصرف الهلاك الى ما هو التبع أولى كما يصرف الهلاك الى العفو في الزكاة (فان زاد الهالك على الربح فلا ضمان على المضارب) لانه أمين (وان كانا يقتسمان الربح والمضاربة بمحالها ثم هلك المال بعضه او كله تراد الربح حتى يستوفى رأس المال رأس المال) لان قسمة الربح لا تصح قبل استيفاء رأس المال ذنه هو الاصل وهذا بناء عليه وتبع له فاذا هلك ما في يد المضارب أمانة تبين ان استوفياه من رأس المال فيضمن المضارب ما استوفاه لانه أخذه لنفسه وما أخذه رب المال محسوب من رأس ماله (واذا استوفى رأس المال فان فضل شيء كان بينهما لانهم يرجع وان نقص فلا ضمان على المضارب لما بيننا) ولو اقسما الربح ونسبها المضاربة ثم عقد اها فها هلك المال لم يتراد الربح الاول) لان المضاربة الاولى قد انتهت والثانية عقد جديد وهلاك المال في الثاني لا يوجب انتفاض الاول كما اذا دفع اليه مالا آخر (فصل فيما يفعله المضارب)

الآن حخص الحق والمجرب انه جعل هذا بعد الاحتمالات مع كونه أقربهم للفظا ومعنى (قوله وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء) لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به (قال بعض الفضلاء هذا منقوض بالكفيل فانه متبرع ويجبر على ايفاء ما تبرع به فتأمل اه) (أقول) هذا النقض مدفوع بأن المراد أن المتبرع الغير ملتزم لا يجبر على ايفاء ما تبرع به والكفيل ملتزم لان يطالب بما على الغير على ما عرف في محله فلا يرد النقض وبعبارة أخرى أن المراد أن المتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به في العقود الغير اللازمة والكفالة عقد لازم على ما عرف أيضا في محله فلا انتفاض ولئن سلم اطرق الكلام ههنا فهو مجرى على موجب القياس الكفيل ضامن بالصحة وقوله صلى الله عليه وسلم الزعيم غارم على ما مر في كتاب الكفالة ولا ضير في خروجه اذا قياس ترك فيه بالنص وبقي على حاله فيما عداه فتأمل (فصل فيما يفعله المضارب) قال في غاية البيان وكان انقباس أن لا يذكر الفصل هنا بل كان ينبغي

عزائمه أو قال فرائضه ولان رأس المال أصل والربح تبع ومعتبر بالتبع قبل حصول الاصل فحق هلك منه شيء ان استكمل من التبع فاذا زاد الهلاك على الربح فلا ضمان عليه لانه أمين وان اقسما تراد لان القسمة تقيدها كما موقوفها ان بقي ما أعد الى رأس المال الى وقت الفسخ كأن ما أخذه كل منه ملكا له وان هلك بطلت القسمة وتبين أن المقسوم رأس المال (فصل فيما يفعله المضارب الخ) نرى في هذا الفصل ما لم يرد في أول المضارب من أفعال المضاربة زيادة للافادة وتبيينها على مقصودية أفعال المضاربة بالعادة

قال المصنف (وان لم يكن له ربح لم يلزمه الاقتضاء) لانه وكيل محض والمتبرع لا يجبر على ايفاء ما تبرع به (الخ) (أقول هذا منقوض بالكفيل فانه متبرع ويجبر على ايفاء ما تبرع به فتأمل ثم المضارب لا يجبر على الاقتضاء اذا لم يكن له ربح ويقال له وكل وعلى هذا سائر الوكالات (فصل فيما يفعله المضارب)



قال (ويجوز للضارب بالخ) ما كان من صنيع التجار يتناول اطلاق العقد فجاء أن يفعله المضارب وما لا فلا فيجاز للضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة لأنه من ذلك إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه قال في النهاية بأن باع إلى عشرين نخل ووجه حيث من صنيع التجار ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب قبل هذا في مضارب خاص كالطعام مثلا وأما إذا لم يخص كان له شراء السفينة والدواب إذا اشترى طعاما يجعله عليها وظاهر كلامه يدل على أن ذلك إذا كان (٨٩) لا كواب لا يجوز وإذا كان للعمل فهو

ما كنت عنه وله أن يستكرهها أي السفينة والدواب مطلقا اعتبار العادة التجار فانه إذا اشترى طعاما لا يجهد من ذلك فهو من نواحي التجارة في الطعام وله أن يأذن لعبد المضارب في التجارة في الرواية المشهورة لكونه من صنيعهم وقيد بالمشهورة لأن ابن رستم روى عن محمد أنه لا يملك الأذن في التجارة لأنه بمنزلة الدفع مضاربة والفرق بينهما أن الأذن لا يصير شرى بكافي الربح ولو باع فقد انتمى آخر الثمن جاز بالاجماع أما عند أبي حنيفة ومحمد فلا أن الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى لعموم ولايته لكن شرى بكافي الربح أو بعرضية ذلك الآن الوكيل يضمن كأن تقدم والمضارب لا يضمن لأن له أن يقال العقد ثم يبيع نسيئة لأنه من صنيع التجار فجعل تأجيله بمنزلة الاقالة والبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل فانه يضمن إذا أخر الثمن لأنه لا يملك الاقالة والبيع نسيئة بعدم باع مرة لانها وكالته وأما عند أبي يوسف فلا

قال (ويجوز للضارب أن يبيع بالنقد والنسيئة) لأن كل ذلك من صنيع التجار فينتظمه اطلاق العقد إلا إذا باع إلى أجل لا يبيع التجار إليه لأن الأمر العام المعروف بين الناس ولهذا كان له أن يشتري دابة للركوب وليس له أن يشتري سفينة للركوب وله أن يستكرهها اعتبار العادة التجار وله أن يأذن لعبد المضارب في التجارة في الرواية المشهورة لأنه من صنيع التجار ولو باع بالنقد ثم أخر الثمن جاز بالاجماع أما عند ما فلا أن الوكيل يملك ذلك فالمضارب أولى لأن المضارب يضمن لأن له أن يقابل ثم يبيع نسيئة ولا كذلك الوكيل لأنه لا يملك ذلك وأما عند أبي يوسف فإنه لا يملك الاقالة ثم يبيع بالنسيئة بخلاف الوكيل لأنه لا يملك الاقالة ولو احتال بالشئ على الأيسر أو الأيسر جاز لأن الحسنة من عادة التجار بخلاف الوصي يحتال بعمال اليتيم حيث يعتبر فيه الانظر لأن تصرفه مقيد بشرط النظر والاصل أن ما يفعله المضارب ثلاثة أنواع نوع يملكه بطلق المضاربة وهو ما يكون من باب المضاربة ونواحيها وهو ما ذكرنا ومن جعلته التوكيل بالبيع والشراء لجهة البيع والرهن والارتفاق لأنه أيفاء واستيفاء والاجارة والاستئجار والإيداع والابضاع والمسافرة على ما ذكرناه من قبل ونوع لا يملكه بطلق العقد ويعلمه إذا قيل له اعمل برأيك وهو ما يحتمل أن يلحقه في حكمه عند وجود الدلالة وذلك مثل دفع المال مضاربة أو شركة إلى غيره وخط مال المضاربة عماله أو بعمال غيره لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره وهو أمر عارض لا يتوقف عليه التجارة فلا يدخل تحت مطلق العقد ولكنه جهة في التبر

أن تدكر المسائل المذكورة فيه في أول الكتاب عند قوله وإذا أصبحت المضاربة مطلقة جاز للضارب أن يبيع ويشتري ويوكل ويسافر ويضع ويودع إلا أنه ذكر الفصل هنا زيادة الاقالة لأنه ذكره هنا ما لم يذكر أنه انتهى (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سلمة أن ما ذكره بقوله إلا أنه ذكر الفصل هنا زيادة الاقالة لأنه ذكره هنا ما لم يذكر أنه لا يصدق شيئا في دفع ما ذكره أولا لأن زيادة الاقالة أغنته تضي أن لا يقتصر على ما ذكرنا في أول الكتاب بل يذكر مجموع ما ذكره هنا ما ذكره ولا تقتضي أن يذ كر بعضها ثم بعضها هنا في فصل على حدة فتقتضي الصانع الذي ذكره في أول كلامه على حاله تبصر وقال في النهاية والعناية ذكر في هذا الفصل ما لا يذ كر في أول المضاربة من أفعال المضارب زيادة الاقالة وتبنيها على مقصودية أفعال المضارب بالاعادة انتهى (أقول) لا رد على هذا التبرير ما يرد على ذلك ولكن فيه شيء آخر يجب حله وهو أن قوله وتبنيها على مقصودية أفعال المضارب بالاعادة يتنافى في الظاهر بقوله ذكر في هذا الفصل ما لم يذ كر في أول المضاربة من أفعال المضارب لأن الاعادة تقتضي الذ كر مرة أولى وقد قال أولا ما لم يذ كر في أول المضاربة من أفعال المضارب وحل ذلك أن المراد بالاعادة إعادة جنس فعل المضارب لإعادة خصوص ما ذكره هنا وإعادة جنسها انما تقتضي ذكره هنا مرة أولى لا ذكره خصوص ما يعاد من جنسها فلا منافاة تأمل (قوله لأن رب المال رضي بشركته لا بشركة غيره الخ) أقول فيه شيء وهو أن هذا الدليل قاصر عن افادة تمام المدعى إذا لا يجوز في صورة خلط مال المضاربة بعماله وهي داخله

المضارب يملك الاقالة والبيع نسيئة كما قاله وإن كان الوكيل يملك ذلك ولو قبل المضارب الخوالة جاز واه كان أيسر من المشتري أو أيسر منه لما ذكرناه في أفعال العقد مع الأول ثم بما به مثله على احتمال علمه جاز فكذلك إذا قبل له وله من صنيعهم بخلاف الوصي يحتال بعمال اليتيم فان تصرفه نظري قد يذ كر يكون له على أيسر ثم ذكره من صنيعه المذ كر بأقواعه الثلاثة وهو ظاهر (قوله أي السفينة والدواب مطلقا) أقول أي سواء كان في نوع خاص أو مطلقا قال المصنف (وله أن يأذن لعبد المضارب في التجارة)

ثم قال (ولا يزوج عبد ولا أمة من مال المضاربة) لأن التزوج ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الائتوكيل بها (وجوز أبو يوسف تزويج الأمة لأنه جعله من الاكتساب) بلزوم المهر وسقوط النفقة والجواب أنه ليس بتجارة وإن كان فيه كسب قصار كالاتفاق على مال لا يدخل تحت المضاربة والله أعلم قال (فإن دفع شيأ من مال المضاربة إلى رب المال الخ) فإن دفع إلى رب المال شيئاً من مال المضاربة بضاعة فاشترى به رب المال وباع لم تبطل المضاربة خلافاً لغيره فإن رب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل إذا لم يصرح به فيكون مسترداً للمال ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداءً ولنا أن الواجب هو التولية وقد تمت فصار التصرف حتماً للمضارب وله أن يوكّل ورب المال صالح لذلك والابضاع توكيل لأنه استعانة ولما صح استعانة المضارب بالأجنبي فرب المال أولى لكونه أشق على المال فلا يكون استرداداً بخلاف شرط العمل عليه ابتداءً

قوله إذا لم يصرح به قول فيه بحث

فإن هذا الوجه وافقه فيدخل فيه عند وجود الدلالة وقوله اعلم برأيك دلالة على ذلك وقوع لا يملكه عطل العقد ولا بقوله اعلم برأيك الآن ينص عليه رب المال وهو الاستدانة وهو أن يشتري بالدرهم والدنانير بعد ما يشتري رأس المال المسلمة وما أشبه ذلك لأنه يصير المال زائداً على ما انعقد عليه المضاربة ولا يرتب به ولا يشغل ذمته بالدين ولو أذن له رب المال بالاستدانة صار المشتري بينهما نصفين بعملة شركة الوجوه وأخذ السخايق لأنه فوج من الاستدانة وكذا أعطاه لأنه اقراض والعقود عمل وبغير مال والكتابة لأنه ليس بتجارة والاقراض والهبة والصدقة لأنه تبرع محض قال (ولا يزوج عبداً ولا أمة من مال المضاربة) وعن أبي يوسف أنه يزوج الأمة لأنه من باب الاكتساب ألا ترى أنه يستفد به المهر وسقوط النفقة ولهما أنه ليس بتجارة والعقد لا يتضمن الائتوكيل بالتجارة وصار كالكتابة والاعتاق على مال فإنه اكتساب ولكن لما لم يكن تجارة لا يدخل تحت المضاربة فكذلك هذا قال (فإن دفع شيئاً من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة) وقال زفر تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكلاهما فيصير مسترداً وله إذا تصح إذا شرط العمل عليه ابتداءً ولنا أن التولية فيه قد تمت وصار التصرف حقاً للمضارب فيصير رب المال وكسباً عنه في التصرف والابضاع توكيل منه فلا يكون استرداداً بخلاف شرط العمل عليه في الابتداء

أيضاً في المدعى كما ترى (قوله فإن دفع شيئاً من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فاشترى رب المال وباع فهو على المضاربة) قال صاحب العناية وكلام المصنف يوهم اختصاص الابضاع ببعض المال حيث قال من مال المضاربة وليس كذلك فإن الدليل لم يفصل بين كونه بعضاً أو كلاً وبه صرح في الذخيرة والمبسوط انتهى (أقول) انظر في بيان إيهام كلام المصنف اختصاص الابضاع ببعض المال أن يقال حيث قال شيئاً من مال المضاربة فإن منشأ إيهامه مجموع قوله شيئاً من مال المضاربة لا قوله من مال المضاربة فقط بل جواز أن يراد بكلمة من البيان لا التبعية ألا ترى أنه لو قال فإن دفع ما أخذ من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة تعين البيان وارتفع الإيهام كما لا يخفى على الفطن بخلاف ما إذا قال فإن دفع شيئاً من مال المضاربة إلى رب المال بضاعة فإنه قريب من التصريح ببعض المال كما لا يشبهه على ذي فطرة سليمة وعن هذا قال صاحب النهاية وهذا اللفظ كما ترى يقتضي أن يكون المدفوع إلى رب المال بعض مال المضاربة ولم يقل حيث قال من مال المضاربة وأما صاحب الكافي فلما رأى لفظ المصنف موهماً للاختصاص بابضاع بعض المال غيره فقال فإن دفع المضارب مال المضاربة أو شيئاً منه إلى رب المال بضاعة واشترى رب المال وباع فهي مضاربة بجماله انتهى (قوله وقال زفر تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكلاهما فيصير مسترداً ولهذا لا تصح إذا شرط العمل عليه ابتداءً) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال: فرب المال تصرف في مال نفسه بغير توكيل إذا لم يصرح به فيكون مسترداً للمال ولهذا لا يصح اشتراط العمل عليه ابتداءً (أقول) هذا الشرح لا يطابق المشروح فإن الظاهر منه أن علة تفسد المضاربة عند زفر مستثناة هذه كون تصرف رب المال في مال نفسه بغير توكيل بناءً على عدم تصريح المضارب بالتوكيل فيفهم منه أن المضارب لو صرح بالتوكيل تصح المضاربة عنده أيضاً في هذه المسئلة وليس كذلك والظاهر من المشروح أن علة ذلك عنده كون رب المال متصرفاً في مال نفسه غير صالح لا يكون وكلاهما بناءً على أن المرء لا يصلح وكلاهما فيصير مسترداً في ملك نفسه ولهذا فصح عنه صاحب الكافي حيث قال قال زفر تفسد المضاربة لأن رب المال متصرف في مال نفسه فلا يصلح وكلاهما فيصير مسترداً في ملكه لا يصلح وكلاهما فيصير مسترداً انتهى

لا يمنع التخلية فان قيل رب المال لا يصلح وكيلاً لان الوكيل من يعمل في مال غيره ورب المال لا يعمل في مال غيره بل في ماله أحجب بان رب المال بعد التخلية صار كالاجنبي عن المال فجازو كيله فان قيل لو كان كذلك تصح المضاربة مع رب المال أجاب بقوله (و بخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه لا أدى الى قلب الموضوع) ولقاتل أن يقول رب المال اما أن يصير بالتخلية كالاجنبي أو لانا كان الاول جازت المضاربة وان كان الثاني لم يجز الا بضاع فالقياس شمول الجواز وعدمه والجواب انه صار كالاجنبي قوله جازت المضاربة قلنا ممنوع لان المضاربة تقتضي المال للدافع وليس بوجود بخلاف البضاعة فانها لو كبل على ما مر وليس المال من لوازمه فان الوكيل قد يجوز أن يوكل وليس المال له (واذا لم تصح) المضاربة الثانية (بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى) وكلام المصنف يوضح اختصاص البضاع ببعض المال حيث قال شيئاً من مال المضاربة وليس كذلك فان الدليل لم يفصل بين كونه بعضاً وكلاؤه به صرح في الذخيرة والمبسوط وقيد بدفع المضاربة لان رب المال اذا أخذ مال المضاربة من منزل المضارب بغير أمره وباع واشترى فان كان رأس المال نقداً فقد تنقض المضاربة اذا الاستعانة من المضارب لم توجد حيث لا دفع منه فكان رب المال عاملاً لنفسه ومن ضرورة ذلك انتفاض المضاربة وان صار رأس المال عرضاً لا يكون نقضاً لان النقض الصريح اذا كان رأس المال عرضاً لم يعمل (٨١) فيها هذا أولى قال (واذا عمل

المضارب في المصر الخ) فرق بين حال الحضر والسفر في وجوب النفقة في مال المضارب بمعاذ كرم الاحتباس في السفر دون الحضر وذلك واضح والقياس أن لا يستوجب النفقة في مال المضاربة ولا على رب المال لانه منزلة الوكيل والمستبضع عامل لغيره بأمره أو بمنزلة الاجير لما شرط لنفسه من الربح ولا يستحق أحدهما النفقة في المال الذي يعمل به الا أنا تركناه فيما اذا سافر بالمال لاجل العرف وبقوانينه وبين المستبضع بأنه متبرع بعمله لغيره وبين الاجير بأنه

لا يمنع التخلية وبخلاف ما اذا دفع المال الى رب المال مضاربة حيث لا يصح لان المضاربة تنعقد شركة على مال رب المال وعمل المضارب ولا مال ههنا فلو جوزناه يؤدي الى قلب الموضوع واذا لم تصح بقي عمل رب المال بأمر المضارب فلا تبطل به المضاربة الاولى قال (واذا عمل المضارب في المصر فليست نفقته في المال وان سافر فطعامه وشرابه وكسوته وركوبه) ومعناه شراء وكراه في المال ووجه الفرق أن النفقة تجب بازاء الاحتباس كنفقة القاضي ونفقة المرأة والمضارب في المصر ساكن بالاصل واذا سافر صار محبوساً بالمضاربة فيستحق النفقة فيه وهذا بخلاف الاجير لانه يستحق البدل لالحالة فلا يتضرر بالانتفاع من ماله أما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد فلما أنفق من ماله يتضرر به وبخلاف المضاربة الفاسدة لانه أجبر وبخلاف البضاعة لانه متبرع قال (فان بقي شيء في يده بعد ما قدم مصره رده في المضاربة) لانتهاء الاستحقاق ولو كان خروجه دون السفر فان كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فهو بمنزلة السوقي في المصر وان كان بحيث لا يبيت بأهله فنفقته في مال المضاربة لان خروجه للمضاربة والنفقة هي ما يصرف الى الحاجة الزائدة وهو ما ذكرنا من ذلك غسل ثيابه وأجرة أجبر بخدمه وعلف الدابة يركبها والدهن في موضع يحتاج اليه عادة كالخجاز وانما يطلق في جميع ذلك بالمعروف حتى يضمن الفضل ان جاوزه اعتباراً للتعارف بين التجار قال (وأما الدوا ففي ماله) في ظاهر الرواية وعن أبي حنيفة رحمه الله انه يدخل في النفقة لانه لا صلاح بدنه ولا يتمكن من التجارة الا به فصار كالنفقة وجه الظاهر أن الحاجة الى النفقة معلومة الوقوع والى الدوا يعارض المرض ولهذا كانت نفقة المرأة على الزوج ودواؤها في ماله

(١١ - تكمله سابع) عامل له يبدل مضمون في ذمة المستاجر وذلك يحصل له يمين فلا يتضرر بالانتفاق

من ماله أما المضارب فليس له الا الربح وهو في حيز التردد قد يحصل وقد لا يحصل فلما أنفق من ماله يتضرر به وحكم المضاربة الفاسدة حكم الاجارة واذا أخذ شيئاً للنفقة وهو مسافر فقد قدم وبقي معه شيء منه رده في المضاربة لانتهاء الاستحقاق كالحاج عن الغير اذا فضل معه شيء من النفقة بعد الرجوع وجعل الحد الفاصل بين الحضر والسفر ما اذا كان بحيث يغدو ثم يروح فيبيت بأهله فان كان كذلك فهو بمنزلة السوقي وان لم يكن فنفقته في مال المضاربة لان خروجه اذ ذلك لها والنفقة ما تصرف الى الحاجة الزائدة كالطعام والشراب وكسوته وركوبه شراء وكراه كل ذلك بالمعروف والحق بذلك ما كان من معدات تكثير ثمن المال كغسل الثياب وأجرة الحمام والخادم والحساق وعلف الدابة والدهن في موضع يحتاج فيه اليه كالحجاز فان الشخص اذا كان طويل الشعر ومنح الثياب ماشياً في حوائجه يعد من الصعاليك ويقل معاملاً وفصار ما به تكثير الرغبات في المعاملة معه من جلة النفقة والدوا يدخل في ذلك في غير ظاهر الرواية لانه لا صلاح البدن ووجه الظاهر ما ذكره في الكتاب

(قوله فان الوكيل قد يجوز أن يوكل) أقول وكذلك يجوز للمضارب أن يضارب (قوله وجعل الحد الفاصل الى قوله بمنزلة السوقي) أقول فيه بحث (قوله ماشياً في حوائجه) أقول أي بنفسه

قال (واذا ربح أخضر المال الخ) بر بدأ المضارب إذا أنفق من مال المضاربة فربح بأخضر المال من ماله كاملاً فتكون النصفة مصر وفسدة إلى الراجح دون رأس المال فإذا استوفاه كان ما بقي بينهما على ما شرطوا فإن باع المضارب المتاع بعد ما أنفق مرا بجهة حسب ما أنفق على المتاع من الجلال ونحوه كحجرة السمسار والصباغ والقصار ولا يحسب ما أنفق على نفسه لما ذكر في الكتاب من الوجهين فإن كان مع المضارب ألف فاشترى بها ثياباً بقصرها أو جعلها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع لأنه استدانة على رب المال وهذا المقال لا ينتظمه كما مر وإنما ذكرها بعد ما مررنا بهذا القول وإن صبغها أجرف فهو شرك بما زاد الصبغ فيه وسائر الألوان كالحجرة إلا السوداء عند أبي حنيفة لأن الصبغ (٨٣) عين قائم بالشوب فكان شركاً بخلاف ماله بمال المضاربة وقوله اعمل برأيك ينتظمه فإذا

بيع الشوب كان للمضارب حصة الصبغ يقسم ثمن الشوب مصبوغاً على قيمته مصبوغاً وغير مصبوغاً فيما بينهما حصة الصبغ إن باعه مساومة وإن باعه مرا بجهة قسم الثمن هذا على الثمن الذي اشترى المضارب الشوب به وعلى قيمة الصبغ فابتنهما حصة الصبغ والباقى على المضاربة بخلاف القسارة يفتح القاف والحمل فانه ليس بعين مال قائم بالشوب ولم يزد شيئاً ولهذا إذا فعله الغاصب فزاد القيمة به ضاع فعله وكان للمالك أن يأخذ ثوبه بمجاناً وإذا صبغ المصنوب لم يضع بل يتخير رب الشوب بين أن يعطى ما زاد الصبغ فيه يوم الخصومة لا يوم الاتصال بشوبه وبين أن يضمه جميع قيمة الشوب أبيض يوم صبغه وترك الشوب عليه وإذا كان الغاصب كذلك فالمضارب لا يكون أقل حالاً منه فإن قيل المضارب لم يكن له

قال (واذا ربح أخضر المال ما أنفق من رأس المال فإن باع المتاع مرا بجهة حسب ما أنفق على المتاع من الجلال ونحوه ولا يحسب ما أنفق على نفسه) لأن العرف جارٍ بالحق الأول دون الثاني ولأن الأول يوجب زيادة في المالية بزيادة القيمة والثاني لا يوجبها قال (فإن كان معه ألف فاشترى بها ثياباً بقصرها أو جعلها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) لأنه استدانة على رب المال فلا ينتظمه هذا المقال على ما مر (وإن صبغها أجرف فهو شرك بما زاد الصبغ فيه ولا يضمن) لأنه عين مال قائم به حتى إذا بيع كان له حصة الصبغ وحصة الشوب لا يضر على المضاربة بخلاف القسارة والحمل لأنه ليس بعين مال قائم به ولهذا إذا فعله الغاصب ضاع ولا يضيع إذا صبغ المصنوب وإذا صار شركاً بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك استظامه الخلطة فلا يضمنه

(قوله) فإن كان معه ألف فاشترى بها ثياباً بقصرها أو جعلها بمائة من عنده وقد قيل له اعمل برأيك فهو متطوع) قال صاحب العناية وإنما ذكرها بعد ما مررنا بهذا القول وإن صبغها أجرف فهو شرك بما زاد الصبغ (أقول) هذا الكلام منه ليس بشئ لأنه إن أراد أن هذه المسئلة مرت بعينها وخصوصها فليس كذلك قطعاً وإن أراد أنها مرت في ضمن الأصل المذكور فيما مر حيث اندرجت تحت النوع الثالث من ذلك الأصل فهو مسلم ولكن المسئلة الثانية أيضاً مرت بهذا المعنى حيث اندرجت تحت النوع الثاني من ذلك الأصل فوجه جعل الأولى تعميده الثانية مع الاشتراك في المروء بالمعنى المزبور بل لم تكن مسئلة من مسائل ما يفعله المضارب خارجة من أحد أنواع ذلك الأصل فيلزم التكرار في كل واحدة منهما على ما زعمه فالحق أن كل واحدة من هاتين المسئلتين مقصودة بالبيان ههنا من حيث خصوصيتهما كسائر المسائل ولا ينافيه اندراجهما تحت أصل كل ما زكف وتفرع الفروع على الأصول من هذا القبيل مع أنه المسلك المعتاد في عامة المواقع (قوله) وإذا صار شركاً بالصبغ انتظمه قوله اعمل برأيك انتظامه الخلطة فلا يضمنه) قال في العناية فإن قيل المضارب لم يكن له ولاية الصبغ كان به مخالفاً غاصباً يجب أن يضمن كالغاصب بل لا تفاوت بينهما أوجب بأن الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط والصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصارت شركاً فلم يكن غاصباً فلا يضمن وقال وجه هذا اندفع ما قيل المضارب ما أن يكون مأذوناً بهذا الفعل أو غير مأذون فإن كان مأذوناً وقع على المضاربة وإن لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً لكنه لم يقع على المضاربة لأن فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك أه كلامه (أقول) في آخر كلامه اضطراب لأن الظاهر من تعليل اندفاع ما قيل بقوله لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً أنه اختار كونه

ولاية الصبغ كان به مخالفاً غاصباً يجب أن يضمن كالغاصب بل لا تفاوت بينهما أوجب بأن الكلام في مضارب قيل له اعمل برأيك وذلك يتناول الخلط والصبغ اختلط ماله بمال المضارب فصارت شركاً فلم يكن غاصباً فلا يضمن وبهذا اندفع ما قيل المضارب ما أن يكون مأذوناً بهذا الفعل أو غير مأذون فإن كان مأذوناً وقع على المضاربة وإن لم يكن ضمن المضارب كالغاصب لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً لكنه لم يقع على المضاربة لأن فيه استدانة على المالك وليس له ولاية ذلك

(قوله وسائر الألوان كالحجرة) أقول قوله وسائر مبتدأ وقوله كالحجرة خبره (قوله لأن الصبغ عين قائم الخ) أقول لتعليل لقوله فهو شرك (قوله لما تبين أنه خرج عن كونه غاصباً) أقول هذا ناظر إلى قوله وبهذا اندفع ما قيل المضارب الخ



**فصل آخر** هذه مسائل متفرقة تتعلق بمسائل المضاربة فذكرها في فصل على حدة قال (فان كان معه ألف) ما ذكره المصنف واضح ومبناه على أصل وهو على أن ضمان رب المال للبائع بسبب هلاك مال المضاربة غير مانع لها فالمضرمون على المضاربة والربح بينهما ما على ما شرطوا وضمن المضارب للبائع بسبب هلاكه ما منع عنها وتحقيقه ما ذكره فخر الإسلام رحمه الله في رجل دفع إلى رجل ألف درهم مضاربة فاشترى بها زرافة ومضاربة فأدبا عنه بألفين ظهرت حصته (٨٢٢) المضارب وهي خمسمائة فإذا اشترى

جارية بألفين وقع ربعها للمضارب لأن ربع الثمن له وثلاثة أرباعها لرب المال فإذا هلك الثمن صار غرم الربع على المضارب وهو خمسمائة والباقي على رب المال وإذا غرم المضارب ربع الثمن ملك ربع الجارية وإذا ملك ربعها خرج ذلك من المضاربة لأن مبنى المضاربة على أن المضارب أمين فيكون الضمان منافعها ولو أبقينا نصيبه على المضاربة لا بطل ما غرم لأنه لا يصلح أن يجعل ذلك رأس المال فيصير مضارباً بنفسه وهو لا يصلح ثم لو باع الجارية بأربعة آلاف صار ربع الثمن للمضارب خاصة وذلك ألف وبقيت ثلاثة آلاف فذلك على المضاربة لأن ضمان رب المال بسلام المضاربة ولا يضيع ما يضمن بل يلحق برأس المال وإذا كان كذلك كان رأس المال في ذل ألفين وخمسمائة والخمسمائة ربح بينهما نصفين (قوله وان كان معه ألف) معناه واضح وقوله (التغاير المقاصد) لأن

**فصل آخر** قال (فان كان معه ألف بالنصف فاشترى سباً بربا فباعه بألفين ثم اشترى بالالفين عبداً فلم ينفقهما حتى ضاعا فغرم رب المال ألفاً وخمسمائة والمضارب خمسمائة ويكون ربع العبد للمضارب وثلاثة أرباعه على المضاربة) قال هـ هذا الذي ذكره حاصل الجواب لأن الثمن كله على المضارب اذ هو العاقد الآن له حتى الرجوع على رب المال بألف وخمسمائة على ما بين فيكون عليه في الآخرة ووجهه أنه لما ناض المال ظهر الربح وله منه وهو خمسمائة فإذا اشترى بالالفين عبداً صار مشترياً به لنفسه وثلاثة أرباعه للمضاربة على حسب انقسام الفين وإذا ضاعت الألفان وجب عليه الثمن لما ينفقه وله الرجوع بثلاثة أرباع الثمن على رب المال لأنه وكسل من جهته فيه ويخرج نصيب المضارب وهو الربع من المضاربة لأنه مضرم عليه ومال المضاربة أماته وبينهما منافعاً ويبقى ثلاثة أرباع العبد على المضاربة لأنه ليس فيه ما ينافي المضاربة (ويكون رأس المال ألفين وخمسمائة) لأنه دفع مرة الف ومرة ألفاً وخمسمائة (ولا يبيعه مراً بجهة الأعلى ألفين) لأنه اشتراه بألفين ويظهر ذلك فيما إذا بيع العبد بأربعة آلاف لخصه المضاربة ثلاثة آلاف يرفع رأس المال ويبقى خمسمائة ربح بينهما قال (وان كان معه ألف فاشترى رب المال عبداً بخمسمائة وباعه بألف فانه يبيعه مراً بجهة على خمسمائة) لأن هذا البيع مقضى بجواز التغاير المقاصد دفعاً للمحاجة وان كان يبيع ملكه بملكه الآن فيه شبهة العدم ومبنى المراجعة غير مأذون لأن كونه غاصباً انما جعل فيما قبل فربا لكونه غير مأذون فتعليل اندفاع ذلك بتبين أنه خرج عن كونه غاصباً يقتضى اختيار كونه غير مأذون فحينئذ لم يمتنع إلى ذكر قوله لكنه لم يقع على المضاربة الخ لأن وقوعه على المضاربة انما جعل فيما قبل فربا لكونه مأذوناً فإذا اختار كونه غير مأذون كان استدراك عدم وقوعه على المضاربة مستدركاً فان قلت مراده ان لفعل المضارب ههنا وهو مصبغها أحر جهتين مختلفتين أولاً هما خلط مال المضاربة بماله نفسه وثانيتهما الاستدانة على المالك وان المضارب مأذون بهذا الفعل وغير مأذون باعتبار تنكح الجهتين المختلفتين كما ذكره صاحب النهاية وفصله بما لا امر يدعيه قلت مع عدم مساعدة آخر كلام هـ هذا الشارح ولا أوله الذي أشار إليه بقوله وهذا يدفع لذلك التوجيه الذي ذكره صاحب النهاية وفصله ليس ذلك بشام في نفسه اذ لا يرى وجه يقتضى أن يكون لفعل المضارب هذا جهة الاستدانة على المالك على أن الجهتين المذكورتين متضادتان لا يمكن اجتماعهما في فعل واحد حتى يصير المضارب باعتباره مأموراً بذاته في فعله هذا وغير مأذون ثم أقول الصواب عندى في دفع ما قبل المضارب ما أن يكون بهذا الفعل مأذوناً أو غير مأذون الخ أن نختار كونه مأذوناً بقوله اعلم برأيتك ويمنع وقوعه على المضاربة حينئذ لا إذن المذكور ليس بمقصود على أن يتصرف المضارب في مال المضاربة وحده بل يتم التصرف في مال المضاربة منفرداً أو منصفاً إلى غيره مما له جهة في التمثيل كخلط مال المضاربة بماله أو بمال غيره على ما تقر في بيان النوع الثاني من الأصل المار ذكره وقد أشار إليه المصنف ههنا بقوله وإذا صار شريراً كالصبيغ انتظمه قوله اعلم برأيتك انتظامه الخلطة فلا يضمن تدبر

**فصل آخر** لما كانت مسائل هذا الفصل متفرقة ذكرها في فصل على حدة ولما لم تكن من نفس

مقصود رب المال وصوله إلى الألف مع بقاء العقد ومقدور المضارب استفادة الدعي العبد وقوله (الآن فيه شبهة العدم) أي عدم الجواز لأنه لم ينزل عن ملك رب المال عبد كان في ملكه ولم يستغديه أذالم يكن في ملكه والشبهة ملحقه بالبيعة في المراجعة باعتبار أقل الثمنين وهو خمسمائة كسبوت من كل وجه والاكثر ثابت من وجه دون وجه بالنظر إلى أنه يبيع ماله بماله

**فصل آخر** (قوله وصوله إلى الألف مع بقاء العقد) أقول أي عقد المضاربة



(قوله فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبدا قيمته ألفان فقتل العبد رجلا خطأ) كان الدفع والفداء اليهما فان دفعاه بطلت المضاربة لهلاك مال المضاربة وان فدياه (فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب لان الفداء مائة الملك فيقدر بقدره وكان الملك بينهما أرباعا لان رأس المال لمصارعنا واحد انظر الربح وهو ألف بينهما) ولهذا اعتق الربع ان كان العبد قريبه (وألف هو رأس المال) وقيد العين بالوحدة احترازاً عما اذا كان عينين فانه لا يظهر الربح لعدم الاولوية كما تقدم (فاذا فدياه خرج العبد عن المضاربة أمانة المضارب فلما يئناه) أنه صار مضموناً عليه فلا يكون أمانة ومال المضاربة أمانة (وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما فانه يتضمن انقسام العبد بينهما) لاستخلاص كل منهما بالفداء ما يخصه (والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم) يعني به ما اذا ضاع الالفان في المسئلة المتقدمة حيث لا تنتهي المضاربة هناك (لان جمع الثمن فيه على المضارب) لكونه العاقد والدفع والفداء ليس بالعقد حتى يكون عليه وقوله (ولان العبد كالزائل) لانه استحق بالجنابة والمسحق بها بمقتضى الهالك والمضاربة تنتهي بالهالك (فدفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعاً خارجاً عن المضاربة فيخدم المضارب يوماً ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم) يريد به ما تقدم في المسئلة (٨٤) المتقدمة وهي ما اذا ضاع الالفان فان العبد فيها على المضاربة (فان كان معه ألف

على الامانة والاحتراز عن شبهة الجنابة فاعتبر أقل الثمنين ولو اشترى المضارب عبداً بألف وباعه من رب المال بألف ومائتين باعه مائة وألف ومائة لانه اعتبر عدماً في حق نصف الربح وهو نصيب رب المال وقد مر في البيوع قال (فان كان معه ألف بالنصف فاشترى بها عبداً قيمته ألفان فقتل العبد رجلاً خطأ فثلاثة أرباع الفداء على رب المال وربعه على المضارب) لان الفداء مائة الملك فيقدر بقدر الملك وقد كان الملك بينهما أرباعاً لانه لمصارعنا واحد انظر الربح وهو ألف بينهما وألف لرب المال برأس ماله لان قيمته ألفان واذا فدياه خرج العبد عن المضاربة أمانة المضارب فلما يئناه وأما نصيب رب المال فلقضاء القاضي بانقسام الفداء عليهما لانه يتضمن قسمة العبد بينهما والمضاربة تنتهي بالقسمة بخلاف ما تقدم لان جميع الثمن فيه على المضارب وان كان له حق الرجوع فلا حاجة الى القسمة ولان العبد كالزائل عن ملكهما بالجنابة ودفع الفداء كابتداء الشراء فيكون العبد بينهما أرباعاً لانه على المضاربة فيخدم المضارب يوماً ورب المال ثلاثة أيام بخلاف ما تقدم قال (فان كان معه ألف فاشترى بها عبداً فلم يقدحاً حتى هلكت بدفع رب المال ذلك الثمن ورأس المال جميع ما يدفع اليه رب المال) لان المال أمانة في يده ولا يصير مستوفياً والاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وحكم الامانة ينافيه فيرجع مرة بعد أخرى بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعاً اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الامرة لانه لا يمكن جعله مستوفياً لان الوكيل تجامع الضمان كالفاسد اذا توكل ببيع المغصوب

مسائل المضاربة التي لا بد منها للضاربة اخذوها (قوله بخلاف الوكيل اذا كان الثمن مدفوعاً اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء حيث لا يرجع الامرة لانه لا يمكن جعله مستوفياً لان الوكيل تجامع الضمان كالفاسد اذا توكل ببيع المغصوب) يعني ان الفاسد اذا توكل ببيع المغصوب يصير وكيلاً

فاشترى بها عبداً وهلك قبل النقد الى البائع رجع المضارب على رب المال بذلك الثمن ويكون رأس المال جميع ما دفعه لان المال في يده أمانة وقد هلك وقد بقي عليه الثمن ديناً وهو عامل لرب المال فيستوجب عليه مثل ما وجب عليه من الدين (و) بالقبض ثانياً (لا يصير) المضارب مستوفياً لان الاستيفاء انما يكون بقبض مضمون وقبض المضارب ليس بمضمون بل هو أمانة وبينهما منافاة فلا يجتمعان واذا لم يكن مستوفياً كان له أن يرجع على رب المال مرة بعد أخرى الى أن يسقط عنه العهد بوصول الثمن الى البائع بخلاف الوكيل اذا

كان الثمن مدفوعاً اليه قبل الشراء وهلك بعد الشراء فانه لا يرجع الامرة (واحدة) لانه لا يمكن أن يجعل مستوفياً لان الوكيل تجامع الضمان كالفاسد اذا توكله المغصوب منه ببيع المغصوب فانه يصير وكيلاً ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك المغصوب وجب الضمان ولم يعتبر استيفاء وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعدد تقدم على قبض الامانة فيجوز أن يثبتا جميعاً وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحية لاثبات حكيم متنافيين ولو غصب ألفاً فصارب المغصوب منه الغاصب وجعل رأس المال المغصوب كان كصورة الوكالة وليس في الرواية ما ينفيه وعلى تقدير ثبوتها يحتاج الى فرق دفعاً للتمسك ولان المطلوب كونه مستوفياً والدليل امكان ذلك والامكان لا يستلزم الوقوع ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما وأما كونه مستوفياً فثبت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفياً لبطل حق الموكل اذا رجع عليه بألف أخرى أصلاً فاما هنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الربح وجعله على الاستيفاء بضر المضارب فاختارنا أهون الامرين

(قوله فانه لو لم يجعل مستوفياً لبطل حق الموكل) أقول يعني حقه في الالف المدفوع

ثم في الوكالة في هذه الصورة يرجع مرة وفيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه المال فهلك لا يرجع لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فجعل مستوفيا بالقبض بعده أما المدفوع اليه قبل الشراء امانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصير مستوفيا فاذا هلك يرجع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر

ولا يبرأ عن الضمان بمجرد الوكالة حتى لو هلك الموصوب وجب عليه الضمان ولم يعتبر أمينا قال صاحب العناية بعد هذا البيان وفيه نظر لان الضمان هناك باعتبار سبب هو تعدد تقدم على قبض الامانة فيجوز أن يعتبر اجمعا وليس فيما نحن فيه سبب سوى القبض بطريق الوكالة ولا نسلم صلاحيته لاثبات حكيم متنافيين ثم قال ويمكن أن يجاب عنه بأن مقصود المصنف دفع استحالة اجتماعهما وأما كونه مستوفيا فثبت بدفع الضرر عن الموكل فانه لو لم يجعل مستوفيا لبطل حق الموكل اذا رجع عليه بألف أخرى أصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الرجوع وجعله على الاستيفاء يضر المضارب فاخترنا أهون الأمرين بخلاف الوكيل لانه بمنزلة البائع فضرره بهلاك الثمن لا يوجب الرجوع على المشتري انتهى (أقول) في الجواب نظر أما أولا فلا نقول المصنف لانه أمكن جعله مستوفيا لان الوكالة تجامع الضمان كالغاصب اذا وكل ببيع الموصوب صريح في اثبات امكان جعله مستوفيا بجماعة الوكالة الضمان في صورة توكل الغاصب ببيع الموصوب فكيف يمكن أن يقال مقصوده مجرد دفع استحالة اجتماعهما ولئن سلم ذلك فلا يندفع به النظر المذكور لان حاصلة أن السبب في صورة توكل الغاصب ببيع الموصوب متعدد وفيما نحن فيه واحد فلا يلزم من امكان اجتماعهما هناك امكان اجتماعهما ههنا وأما ثانيا فلا نقول له وأما كونه مستوفيا فثبت بدفع الضرر عن الموكل ليس تام لان الضرر اللازم للوكل على تقدير أن يرجع عليه الوكيل بألف أخرى انما هو الضرر الضروري الغير الناشئ من صنع الوكيل اذ الكلام فيما اذا هلك الثمن المدفوع الى الوكيل من غير تعدد منه ولا محذور شرعا في مثل هذا الضرر حتى يجعل الموكل مستوفيا لاجل دفع ذلك عنه فيجب عليه الضمان مع كون يده امانة ألا ترى ان الوديعة اذا هلك في يد المودع من غير تعدد منه يلزم المودع مثل هذا الضرر مع أنه لا يجب على المودع الضمان لدفع ذلك عن المودع بل ارب واما ثالثا فلا نقول له وأما ههنا فحق رب المال لا يضيع الى قوله فاخترنا أهون الأمرين غير متمش في ما اذا هلك الألف والعبد معا لا يبقى حينئذ شيء من رأس المال حتى يلحق الهالك منه فبستوفيه رب المال من الرجوع والظاهر ان جواب المسئلة وهو دفع رب المال الثمن الهالك ورجوع المضارب عليه مرة بعد أخرى جاز في هذه الصورة أيضا بناء على الدليل المذكور في الكتاب قال في النهاية ومعراج الدراية ذكر الامام المحمدي ثلاثة أوجه في الفرق بين المضارب والوكيل أحدها ما ذكر في الكتاب والثاني أن الوكيل يحمل ما قبضه الوكيل على الاستيفاء لا بطلنا حق الموكل أصلا لانه اذا رجع عليه بألف أخرى ضاع ذلك أصلا فاما ههنا فحق رب المال لا يضيع اذا جعلنا على الامانة لانه يلحق برأس المال ويستوفيه من الرجوع ولو جعل على الاستيفاء يلحق المضارب بضرر فوجب اختيار أهون الأمرين والثالث ان الوكيل لما اشترى فقد انعزل عن الوكالة فلا يرجع على الموكل بعده فأما المضارب فلا ينعزل بالشراء ويتصرف في كل مرة لرب المال فيرجع عليه في كل مرة انتهى (أقول) في كل واحد من تلك الأوجه الثلاثة نظر أما في الاول فلما عرفته آنفا وأما في الثاني والثالث فلا نكل واحد منهما يقتضي أن لا يرجع الوكيل على الموكل في مرة أولى أيضا اذا كان الثمن مدفوعا اليه قبل الشراء مع أنهم صرحوا برجوعه عليه في المرة الاولى في تلك الصورة أما اقتضاء الثاني ذلك فلا نباطال حق الموكل بتحقيق الرجوع في المرة

بخلاف الوكيل لانه بمنزلة  
البائع فضرره بهلاك الثمن  
لا يوجب الرجوع على  
المشتري وقوله ولو غصب  
أنا الخ لم تنبت فيه رواية  
تخرج الى الفرق بينهما  
وقوله (ثم في الوكالة)  
للفرق بين ما اذا دفع المال  
ثم اشترى الوكيل وبين  
ما اذا اشترى ثم دفع فانه  
يرجع في الاول وبصيربه  
مستوفيا وفي الثاني لا يرجع  
أصلا وكلامه فيه واضح  
وانه أعلم -

(قوله بخلاف الوكيل  
لانه بمنزلة البائع) أقول  
حيث يجري بينهما مبادلة  
حكيمة كما تقدم

**فصل في الاختلاف** أخر هذا الفصل عما قبله لانه في الاختلاف وهو في الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين قال (وان كان مع المضارب ألفان الخ) اختلاف رب المال والمضارب اذا كان في مقدار رأس المال مثل أن يقول المضارب ومعه ألفان دفعت الى ألفا ويربحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك ألفين فالقول للمضارب وكان أبو حنيفة يقول أولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعى الشركة (٨٦) وهو ينسب القول للمضارب ثم يرجع وقال القول للمضارب لان الاختلاف

**فصل في الاختلاف** قال (وان كان مع المضارب ألفان فقال دفعت الى ألفا ويربحت ألفا وقال رب المال لا بل دفعت اليك ألفين فالقول قول المضارب) وكان أبو حنيفة يقول أولا القول قول رب المال وهو قول زفر لان المضارب يدعى عليه الشركة في الربح وهو ينسب القول للمضارب ثم يرجع الى ما ذكر في الكتاب لان الاختلاف في الحقيقة في مقدار المقبوض وفي مثله القول قول القابض ضمينا كان أو أمسا لانه أعرف بمقدار المقبوض ولو اختلفا مع ذلك في مقدار الربح فالقول فيه لرب المال لان الربح يستحق بالشروط وهو يستفاد من جهته وأيم ما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت لان البيئات للاثبات (ومن كان معه ألف درهم فقال هي مضاربة لفلان بالنصف وقدر ربح ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول قول رب المال) لان المضارب يدعى عليه تقويم عمله أو شرط من جهته أو يدعى الشركة وهو ينسب ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو ودعة فالقول لرب المال والبيضة بينة المضارب لان المضارب يدعى عليه التملك وهو ينسب

الاولى أيضا لعله مذكورة وأما اقتضاء الثالث اياه فلان انه زال الوكيل عن الكالة لما تحقق بالاشتراء كان الرجوع بالهلاك بعد الاشتراء رجوعا عما حدث بعد زوال الامانة لانعزال ولو كان في مرة أولى وأيضاً رد على الوجه الثاني ما وردناه ثانياً والثالث على جواب صاحب العناية عن نظره تأمل توقف ثم أقول الحق عندى في الفرق بين المضارب والوكيل في ما مثلناه هذه أن يقال قبض الوكيل بعد الشراء استيفاء لانه وجب له على الموكل مثل ما وجب عليه البائع فانه بمنزلة البائع من الموكل حيث انعقد بينهما مبادلة حكيمه كما مر في كتاب الوكالة فاذا قبض الثمن بعد الشراء صار مستوفيا له فصار مضموناً عليه فاذا هلك عند لم يكن له أن يرجع به على الموكل ولهذا لم يرجع عليه أصلاً فيما اذا اشترى ثم دفع الموكل اليه الثمن فهلك ولم يرجع عليه الا مرة فيما اذا كان الثمن مدفوعاً اليه قبل الشراء أمانة في يده وهلك بعد الشراء وقد أشار اليه المصنف بقوله لانه ثبت له حق الرجوع بنفس الشراء فعمل مستوفياً لقبض بعده أما المدفوع اليه قبل الشراء أمانة في يده وهو قائم على الامانة بعده فلم يصير مستوفياً فاذا هلك رجوع عليه مرة ثم لا يرجع لوقوع الاستيفاء على ما مر فتأمل

**فصل في الاختلاف** أي في الاختلاف بين رب المال والمضارب أخر هذا الفصل لان الاختلاف في الرتبة بعد الاتفاق لانه الاصل بين المسلمين (قوله ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هو بضاعة أو ودعة فالقول لرب المال والبيضة بينة المضارب) قال صاحب العناية وسماه مضارباً وان اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضارباً في الاول ثم أقرضه اهـ وقد سبقه الى هذا التوجيه تاج الشريعة (أقول) تسمية أحد المختلفين مضارباً عند تحقق اتفاقهما على خلافه بمجرد احتمال أن يكون مضارباً في الاول مما لا يقبله فطرة سليمة جداً والاقرض عندى انه سماه مضارباً بالمشاكلة بما ذكر في أخوات هذه المسئلة على طريقة قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك وقول الشاعر  
قلوا اقترح شيئاً نجد لك طبعه \* قلت اطبخوا لي جبة وقيصا  
(قوله لان المضارب يدعى عليه التملك) حل صاحب النهاية التملك في قول المصنف يدعى عليه التملك على

في الحقيقة في مقدار المقبوض والقول في ذلك قول القابض ضمينا كان كالفاسب أو أمينا كالمودع لكونه أعرف بمقدار المقبوض واذا كان في مقدار الربح مع ذلك أي مع الاختلاف في رأس المال مثل أن يقول رب المال رأس المال ألفان والمضارب ثلث الربح وقال المضارب رأس المال ألف والمضروط نصفه فالقول فيه أي في الربح لرب المال يعني وفي رأس المال للمضارب كما كان أما في رأس المال فلما مر من الدليل وأما في الربح فلان الربح يستحق بالشروط وهو يستفاد من جهته ولو أنكر أصل الشرط بأن قال كان المال بيده بضاعة كان القول له فكذا اذا أنكر الزيادة وأيمهما أقام البينة على ما ادعى من فضل قبلت بينة رب المال على ما ادعى من الفضل في رأس المال وبينه المضارب على ما ادعى من الفضل في الربح لان البيئات للاثبات واذا كان في صفة رأس المال كما اذا قال من معه ألف

درهم هي مضاربة لفلان بالنصف وقد ربحت ألفا وقال فلان هي بضاعة فالقول لرب المال لان المضارب يدعى عليه تقويم عمله بمقابلة الربح أو شرط من جهته بمقدار من الربح أو الشركة فيه وهو ينسب ولو قال المضارب أقرضتني وقال رب المال هي بضاعة أو ودعة فالقول لرب المال والبيضة للمضارب لانه يدعى عليه تملك الربح وهو ينسب وسماه مضارباً وان اتفقا على عدمه لاحتمال أن يكون مضارباً في الاول ثم أقرضه ولو أقام البينة فالبيضة للمضارب لانها تثبت التملك

ولو ادعى رب المال القرض والمضاربة فالحق للمضارب لا تنافي بينهما على الاخذ بالاذن ورب المال يدعى على المضارب الضمان وهو ينكر والبينة لرب المال وان اقامها لانها تثبت الضمان واذا كان في العموم والخصوص فان كان قبض في التصرف فالحق لرب المال اما اذا أنكر الخصم فظاهر لان العموم هو الاصل كما يذكر وكذا اذا (٨٧) أنكر العموم لانه يجعل انكاره ذلك نهياً عن

العموم ولما أنه ينتهي عنه قبل التصرف اذا ثبت منه العموم نساً فبهنا أدلى وان كان بعده ورب المال يدعى العموم فالحق قوله قياساً واستحساناً وان كان

المضارب يدعيه فالحق قوله مع عينه استحساناً لان

الاصل فيها العموم والتخصيص

بالشرط بدليل أنه لو قال

خذ هذا المال مضاربة

بالنصف صح ومثل به جميع

التجار فلو لم يكن مقتضى

العقد العموم لم يصح العقد

الا بالتخصيص على ماوجب

التخصيص كالوكالة واذا كان

كذلك كان مدعى العموم

متسككاً بالاصل فكان القول

له ولو ادعى كل واحد منهما

فوما فالحق لرب المال

لاتفاقهما على التخصيص

والاذن مستفاد من

جهته والبينة بينة المضارب

قال المصنف (لحاجته الى

نفي الضمان وعدم حاجة

الآخر الى البينة) واعترض

عليه بأن البينة للاثبات

للا نفي وبأنه لا يرد على

الضمان فكيف لا يحتاج

الى البينة وأجيب بأن

اقامة البينة على صحة

ولو ادعى رب المال المضاربة في نوع وقال الاخر ما سميت لي تجارة بعينها فالحق للمضارب لان الاصل فيه العموم والاطلاق والتخصيص يعارض الشرط بخلاف الوكالة لان الاصل فيه الخصوص ولو ادعى كل واحد منهما فالحق للمضارب لانهما اتفقا على التخصيص والاذن يستفاد من جهته والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة ولو وقت البينتان وقتاً فصاحب الوقت الاخير أولى لان آخر الشرطين ينقض الاول

تملك الربح حيث قال أي تملك الربح وسلك صاحب العناية أيضاً هذا المسلك حيث قال لانه يدعى عليه تملك الربح (أقول) الظاهر ان مراد المصنف بتملك ههنا تملك أصل المال لان دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وأما تملك الربح فامر تابع لتملك أصل المال في هذه الدعوى فعمل التملك ههنا على تملك الربح لا يخلو عن قبح أما أولاً لما أشرنا اليه من ان الاصل في دعوى الاستقراض دعوى تملك أصل المال وتملك الربح من فروع ذلك وجعل التملك في الدليل على تملك الربح يوهم خلاف الاصل وأما ثانياً فلان دعوى تملك الربح قد تنفل عن دعوى تملك أصل المال كما اذا ادعى المضارب فان المدعى هناك استحقاق الربح دون استحقاق أصل المال فادعاء مجرد تملك الربح لا يدل على تمام المدعى فيما نحن فيه على ان الشائع في الاستعمال عندهم استحقاق الربح دون تملك الربح وأما تملك الربح كما ذكره صاحب العناية ففي نفس صحته أيضاً اشكال يظهر ذلك كله بالتأمل الصادق وتبع قواعد الفقه وأقوال الأئمة (قوله والبينة بينة المضارب لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة) قال صاحب النهاية ورب المال أيضاً يحتاج الى اثبات ما ادعاه ليصل بحقه اليه بينة ورب المال أقوى بالقبول لاثباتها أمر اعارض وهو الضمان وشرعية البينات لاثبات الامر العارض غير الظاهر كما في بينة الخارج مع بينة ذي اليد فكان هذا مما يتأمل في صحته وإن كانت رواية الابضاح تساعد أيضاً اه كلامه وقال صاحب العناية قال المصنف لحاجته الى نفي الضمان وعدم حاجة الآخر الى البينة واعترض عليه بأن البينة للاثبات لا للنفي وبأن الآخر يدعى الضمان فكيف لا يحتاج الى البينة وأجيب بأن اقامة البينة على صحة تصرفه ويلزمه انفي الضمان وأقام المصنف اللازم مقام المزموم كتابة وبأن ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر فلا يحتاج الى بينة الى ما كلامه (أقول) جوابه عن ثاني وجهي الاعتراض ليس بسديد لان الثابت بان اقرار الآخر انما هو النوع الذي يدعيه الآخر لا المخالفة لاذن رب المال فانه يدعى الموافقة له وسبب الضمان انما هو المخالفة فلا يتم التقريب والصواب في الجواب عنه أن يقال عدم احتياج رب المال الى البينة في مسئلتنا هذه لانه ليس بمدعى شيئاً لان القول قوله ليكون الاذن مستفاداً من جهته كما تقرره بما مر أنفاً فكان ما يدعيه ثابتاً بقوله فلم يحتاج الى البينة ولهذا السكتة قال المصنف وعدم حاجة الآخر الى البينة ولم يقل وعدم قبول بينة الآخر وبهذا الجواب يظهر اندفاع ما توهمه صاحب النهاية في استشكل ما ذكره المصنف ههنا فتدبر (قوله ولو وقت البينتان وقتاً فصاحب الوقت الاخير أولى) أقول لقائل أن يقول هذا مناقض لما ذكره أننا من ان البينة بينة المضارب لجواز أن يكون صاحب الوقت الاخير رب المال ويمكن

تصرفه ويلزمه انفي الضمان فأقام المصنف اللازم مقام المزموم كتابة وبأن ما يدعيه من المخالفة وهو سبب الضمان ثابت باقرار الآخر ولا يحتاج الى بينة (ولو وقت البينتان وقتاً فصاحب الوقت الاخير أولى لان آخر الشرطين ينقض الاول) وان لم نوقتاً أو وقتنا على السوء أو وقت احداهما دون الاخرى فالبينة لرب المال لانه تعذر القضاء معامال الاستحالة وعلى التعاقب لعدم الشهادة على ذلك واذا تعدر القضاء معامال عمل بينة رب المال لانها تثبت ما ليس بثابت والله أعلم

## كتاب الوديعة

التطبيق بأن يحمل ما ذكره أولاً على عدم التوقيت قال صاحب العناية بعد أن ذكر قول المصنف ولو وقت البينتان الخ وإن لم وقتنا أو وقتنا على السواء أو وقت أحداهما دون الأخرى فالبيعة لرب المال (أقول) يرد عليه أن هذا يناقض ما ذكره المصنف من أن البيعة بينة المضارب إذ لا يمكن أن يحمل هذا على التوقيت وذلك على عدم التوقيت كما ترى ولقد أحسن صاحب النهاية في أسلوب التحرير ههنا حيث لم يزد على قول المصنف ولو وقت البينتان الخ شيئاً من المسائل التي زادها عليه صاحب العناية بل تعرض لشرحها وتعليقها فقط ولكن قال بعد ما استشكل قول المصنف فيما قبل والبيعة بينة المضارب الخ وأما صاحب الذخيرة رحمه الله وشكر مساعيه جعل حكم بينتي المضارب ورب المال في دعوى الخصوص والعموم وفي دعواهما الخصوص واحدًا وذكر ما في الذخيرة من فصل مندرج فيه المسائل التي ذكرها صاحب العناية عقيب قول المصنف ولو وقت البينتان الخ فكان ذلك كترك المسائل في تحسير صاحب النهاية منسوبة إلى صاحب الذخيرة فلا يضره منافاة ذلك لما ذكره المصنف لاعتراؤه بأن ما ذكره المصنف ههنا مطابق لرؤية الإيضاح دون رواية الذخيرة

## كتاب الوديعة

وجه مناسبة هذا الكتاب بما تقدم قدس في أول كتاب الإقرار ثم ذكر بعده العارية والهبة والإجارة للتناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى لأن الوديعة أمانة بلا تعليق شيء وفي العارية تعليق المنفعة بعرض وفي الهبة تعليق العين بلا عوض وفي الإجارة تعليق المنفعة بعرض وهي عقد لازم والألزام أقوى وأعلى مما ليس بالألزام فكان في الكل الترقى من الأدنى إلى الأعلى كذا في الشروح ثم محاسن الوديعة ظاهرة إذ فيه أعانة عباد الله تعالى في الحفظ ووفاء الأمانة وهو من أشرف الخصال عقلاً وشرعاً قال عليه الصلاة والسلام الأمانة تجر الغنى والخيانة تجر الفقر وفي المثل الأمانة أقامت المملوك مقام المالك والخيانة أقامت المملوك مقام المملوك ثم إن الوديعة لغة فعيلة بمعنى مفعولة مشتقة من الودع وهو الترك عن ابن عباس رضي الله عنهما أن النبي صلى الله عليه وسلم قال ليهنئين أقوام عن ودعهم الجمعات أي عن تركهم أيها قال شمر زعمت النخوية أن العرب أما توام مصدر يدع والنبي صلى الله عليه وسلم أفصح العرب وقد رويت عنه هذه الكلمة وسميت الوديعة بها لأنها شيء يترك عند الأمين كذا في المغرب وبعض الشروح قال صاحب العناية وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لأنها تترك بيد أمين انتهى (أقول) فيه سماجة ظاهرة إذ ليست الوديعة في اللغة بمعنى الترك وإنما الذي بمعنى الترك هو الودع فلا يصح قوله وتفسيرها لغة الترك الابتأويل بعبد لا يساعده لفظه وهو أن يراد بذلك أنها مشتقة من الودع الذي هو الترك وقال جماعة من الشراح الوديعة في الشريعة عبارة عن التسليم على حفظ المال (أقول) الظاهر أن الوديعة في الشريعة أيضاً هي المال المودع الذي يترك عند الأمين لأنفس التسليم على حفظ المال وإن التسليم على حفظ المال هو الإيداع وعن هذا قال صاحب الكافي والكفاية الإيداع لغة تسليط الغير على حفظ أي شيء كان مالاً أو غير مال يقال أودعت زيداً مالاً واستودعته إياه إذا دفعته إليه ليكون عنده فأنا مودع ومستودع بكسر الدال فيه ما وزيد مودع ومستودع بالفتح فهما والمال مودع ووديعة وشرعية تسليط الغير على حفظ المال انتهى حيث فسر الإيداع بالتسليم المزبور دون الوديعة وقالوا المال مودع ووديعة (وأقول) فيما ذكر في الكافي والكفاية أيضاً لأن

والإجارة التناسب بالترقي من الأدنى إلى الأعلى لأن الوديعة أمانة لا تعليق شيء وفي العارية تعليق المنفعة بعرض وفي الهبة تعليق العين بلا عوض وفي الإجارة تعليق المنفعة بعرض وهي عقد لازم والألزام أقوى وأعلى مما ليس بالألزام ومن محاسنها اشتغالها على بذل منافع بدنه وماله في أعانة عباد الله تعالى واستيجابه الاجر والشاء على ذلك وسببها تعلق البقاء المقدر بربتها طمأنينة من حيث التعاضد وقد مر مراراً ومشرعيتها بقوله تعالى إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها باطلاقة وتفسيرها لغة الترك وسميت الوديعة بها لأنها تترك بيد أمين وفي الاصطلاح التسليم على حفظ المال وركتها أودعتك هذا المال أو ما قام مقامها فعلاً كان أو قولاً والقبول من المودع حقيقة أو عرفاً فإن من وضع يديه بين يدي رجل وقال هذا وديعة عندك وذهب صاحب الثوب ثم غاب الآخر وترك الثوب ثم فزع كان ضامناً لأن هذا قبول للوديعة عرفاً وشرطها كون المال قابلاً لأثبات اليد عليه لأن الإيداع عقد استحفاظ وحفظ الشيء بدون إثبات اليد غير متصور فأيداع الطير في الهواء والعباد الآبى غير صحيح وحكمها كون المال أمانة عنده



قال (الوديعة في الاصطلاح هو التسليم على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة اعم من ذلك فانها قد تكون بغير عقد اذا هبت الريح في ثوب فالثقة في يده غيره واذا كان كذلك جاز على الاخص والوديعة امانة في يد المودع) اذا هلك لم يضمن القوله صلى الله عليه وسلم ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان (والغلول والاغلال الخيانة الا ان الغلول في المغنم خاصة والاغلال عام قيل فيه نظرا لانه ذكر في غريب (٨٩) الحديث انه قول شريح ليس بحديث

مرفوع وأجيب بأنه مسند عن عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله عليه وسلم (ولان شريحها الحاجة الناس اليها فلو ضمن المودع امتنع الناس عن قبولها وفي ذلك تعطيل لمصالح المسلمين) قال (والودع ان يحفظها بنفسه وعن في عماله) قالوا المراد به من يساكنه لا الذي يكون في نفقة المودع فحسب فان المرأة اذا اودع عندها شيء جار لها ان تدفع الى زوجها وابن المودع الكبير اذا كان يساكنه ولم يكن في نفقته وتركه الاب في بيت فيه الوديعة لم يضمن لكن بشرط ان لا يعلم عن في عماله الخيانة فان علم ذلك وحفظ بهم ضمن وهذا اذا لم ينفه عن الدفع اليهم (لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه) وهو انما يحفظ ماله عن في عماله فيجوز ان يدفع اليهم الوديعة وعن هذا قيل العيال ليس بشرط فانه روي عن محمد ان المودع اذا دفع الوديعة الى وكيله وهو ليس في عماله اودفع الى أمين من أمنائه عن يتق في ماله وليس في عماله

قال (الوديعة امانة في يد المودع اذا هلك لم يضمنها) لقوله عليه الصلاة والسلام ليس على المستعير غير المغل ضمان ولا على المستودع غير المغل ضمان ولان بالناس حاجة الى الاستيداع فلو ضمنه امتنع الناس عن قبول الودائع فتعطل مصالحهم قال (والودع ان يحفظها بنفسه وعن في عماله) لان الظاهر انه يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه

محصل ذلك ان معنى الودائع لغة اعم من معناها شرعية لاختصاص الثاني بالمال وتناول الاول المال وغيره ولكن المفهوم من معتبرات كتب اللغة كالصاح والقاموس والمغرب وغيرها اختصاص الاول ايضا بالمال لان المذكور فيها عند بيان معناها يقال اودعته مالا أي دفعته اليه ليكون وديعة عنده فلو لم يكن له اختصاص بالمال في اللغة أيضا لما اُطبق أرباب اللغة على ذكر المال في بيان معناها بل كان الاتق بهم أن يقولوا اودعته شيئا اودعته اليه ليكون وديعة عنده والعجب ان صاحب الكافي والكفاية بعد ان قال الودائع لغة تسلبت الغير على حفظ أي شيء كان مالا أو غير مال قالوا ايضا يقال اودعت زيدا مالا واستودعته اياه اذا دفعته اليه ليكون عنده وليس فيما استشهد به شيء بوجه العموم بل فيه ما يشعر بالخصوص كما عرفت انفا فكان الاتق بهم ساجدا ترك ذلك (قوله الوديعة امانة في يد المودع الخ) قال صاحب النهاية فان قيل الوديعة والامانة كلاهما عبارتان عن معبر واحد فكيف يجوز بينهما المبتدأ والخبر ولا يجوز ايقاع اللفظين المترادفين مبتدأ وخبرا الاعلى طريق التفسير كقولك البيت اسد والحبس منع ومرااد المصنف ههنا ليس تفسير الوديعة بالامانة قلنا يجوز ان ذلك ههنا بطريق العموم والخصوص فان الوديعة خاصة والامانة عامة وجل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصد والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بان هبت الريح في ثوب انسان وألقته في حجر غيره والحكم في الوديعة أن يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق وفي الامانة لا يبرأ بعد الخلاف هكذا نقل عن الامام بدر الدين الكردي الى ههنا لفظ النهاية وقال صاحب الكفاية قال الشيخ الامام بدر الدين رحمه الله الفرق بين الوديعة والامانة بالعموم والخصوص فالوديعة خاصة والامانة عامة وجل العام على الخاص صحيح دون عكسه فالوديعة هي الاستحفاظ قصد والامانة هي الشيء الذي وقع في يده من غير قصد بان هبت الريح في ثوب انسان وألقته في حجر غيره والحكم في الوديعة أن يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق ولا يبرأ عن الضمان اذا عاد الى الوفاق في الامانة الى هنا كلامه (أقول) بردي على الجواب المزبور والفرق المذكور أن التقرير المسفور يقتضي أن يكون بين الوديعة والامانة تباين لا عموم وخصوص فانه قد اعتبر في الاولى القصد وفي الاخرى عدم القصد وهما لا يجتمعان في مادة أصلا وكذا جعل حكم الاولى أن يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وحكم الاخرى أن لا يبرأ عن الضمان بالعود الى الوفاق وهما متناقضان لا يترتبان على شيء واحد فلا يتصور بينهما عموم وخصوص بل يتعين التباين وجل أحد المتباينين على الآخر غير صحيح قطعاً فلا يتم المطلوب وقال صاحب العناية ههنا قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليم على الحفظ وذلك يكون بالعقد والامانة اعم من ذلك فانها قد تكون

(قوله قد ذكرنا أن الوديعة في الاصطلاح هو التسليم على الحفظ وذلك يكون بالعقد) أقول مخالف لما تقدم في الاقرار من أن الوديعة قد تكون بغير صيغة (قوله والامانة اعم من ذلك الى قوله جاز على الاخص) أقول فيه أن الامانة مبين للوديعة بهذا المعنى لانها اعم منه بل المراد بالوديعة ما ترك عند الامين

ولانه لا يجسد بد من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته ولا استحباب الوديعة في خروجه فكان  
المالك راضيا به

بغير عقد كما اذا هبت الريح في ثوب فالقته في بيت غيره واذا كان كذلك جاز حمل الاعم على الاخص اه  
كلامه ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان الامانة مبين للوديعة بهذا المعنى لانها اعم منه بل  
المراد بالوديعة ما يترك عند الامين اه (أقول) قد كان لاح لي ما ذكره من حديث كون الوديعة  
بهذا المعنى مبينا للامانة مع كلام آخر وهو انه يلزم حينئذ ان لا يصح قول المصنف الوديعة امانة في يد  
المودع اذا التسليط على الحفظ امر معنوي لا يمكن أن يكون في يد المودع ولكن دفعتم ما معا بحمل  
كلام صاحب العناية على المسامحة بأن يكون مراده بقوله هو التسليط على الحفظ هو ما يحصل بسبب  
التسليط على الحفظ فيكون جعل نفس التسليط على الوديعة من قبيل الاسناد المجازي فلا ينافي هذا  
أن تكون الوديعة في الحقيقة ما يترك عند الامين فيندفع المذوران الزبوران معا ثم ان هذا التوجيه  
وان كان بعيدا عن ظاهر اللفظ الا أنه لا بد من المصير اليه تصح الكامات ثقات الناظرين في هذا  
المقام فان ذينك المذورين يردان على ظاهر لفظ كل واحد منهما ألا ترى انه قال في النهاية والكفاية  
فالوديعة هي الاستحفاظ قصد اوالامانة هو الشيء الذي وقع في يده من غير قصد وقال في غاية البيان لان  
الوديعة عبارة عن كون الشيء امانة باستحفاظ صاحبه عند غيره قصد اوالامانة قد تكون من غير قصد  
الى غير ذلك من عبارات المشايخ بني ههناشي وهو ان ما ذكره الشراح ههنا من ان الامانة اعم من الوديعة  
بناء على اعتبار القصد في الوديعة دون الامانة مخالف لما صرحوا به في أوخر باب الاستثناء من كتاب  
الاقرار من ان الوديعة قد تكون من غير صنع صاحبها كالقطة فانها وديعة في يد الملتقط وان لم يدفع  
اليه صاحبها وكذا اذا هبت الريح فالقت ثوبا في دار انسان وأما مجرد ما ذكره المصنف هناك من ان  
الوديعة قد تكون من غير صنعه فلا يقتضي المخالفة لجواز أن يكون مراده بقوله من غير صنعه من  
غير صنع المقر لا من غير صنع صاحب الوديعة كما يرشد اليه قوله هناك حتى لو قال أودعتها كان على  
هذا الخلاف وقد نهت عليه هناك فتدبر ثم ان صاحب النهاية بعد ان ذكر الجواب الاول ونسبه  
الى الامام بدر الدين الكردي كما مر قال والاولى من الجواب فيه أن يقال لفظ الامانة صار علما لها هو  
غير مضمون فكان قوله هو امانة عنده أي غير مضمون عليه من غير تفاوت بين اللفظين بوجه من الوجوه  
حتى ان لفظ الامانة ينسحب استعماله في جميع الصور التي لا ضمان فيها وأراد بالوديعة ما وضع للامانة  
بالإيجاب والقبول فكانا متغايرين فصح ابقاها مامتها وأخبرا اه (أقول) فيه نظر اذ لو كان  
المراد بالامانة المسد كورة في الكتاب معنى غير مضمون لما احتج الى ذكر قوله اذا هلك لم يضمن للقطع  
بقبح أن يقال الوديعة غير مضمونة على المودع اذا هلك لم يضمن لكون الثاني مستدركا ورد عليه  
الشارح العيني بوجه آخر حيث قال بعد نقله وفيه ما فيه لان العلم ما وضع لشيء بعينه وغير مضمون  
ليس كذلك وليت شعري أي علم هذا من أقسام الأعلام اه كلامه (أقول) دفعه هذا سهل لان  
لفظ الامانة ان كان علما لها هو غير مضمون كان من أعلام الأجناس كاسامة فانه علم الجنس الاسد  
وسبحان فانه علم الجنس التسبيح الى غير ذلك من أعلام الأجناس التي ذكرها في كتب النحو وبنوا  
دخولها في تعريف العلم بما وضع لشيء بعينه غير متناول غيره بوضع واحد فنحن نباحث ذلك في محالها  
لا يشبه عليه الامر فيما نحن فيه ( قوله ولانه لا يجسد بد من الدفع الى عياله لانه لا يمكنه ملازمة بيته  
ولا استحباب الوديعة في خروجه فكان المالك راضيا به ) أقول فيه شيء وهو ان قوله فكان المالك  
راضيا به يشعر بكون مدارج جواز دفع الوديعة الى عياله رضا المالك به وذلك يقتضي عدم جواز دفعها

(قوله ولانه) دليل آخر على  
ذلك وهو أنه أي المودع  
(لا يجسد بد من الدفع الى  
عياله لانه لا يمكنه ملازمة  
بيته) لا محالة (ولا استحباب  
الوديعة عند خروجه) وهذا  
معلوم للمودع (فيكون راضيا به)

فان حفظها بغيرهم) بأن تركه يتنافيه بالوديعه وخروج وقته غير عياله (أو أودعها غيرهم) بأن نقلها من بيته وأودعها عند غيرهم (ضمن لان المالك رضى بيده لا يبدع غيره) الخال أن (الأيدي تختلف في الأمانة) قبل هذا يناقض قوله لان الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره على الوجه الذي يحفظ مال نفسه لان المودع يجوز له أن يستودع ماله عند غيره فينبغي أن يملك ايداع الوديعه أيضا وخطوة ظاهر لان قوله الظاهر أن يلتزم حفظ مال غيره لا يدل على جواز لا ايداع لان الايداع استحفاظ لا حفظ (قوله ولان الشيء لا يتضمن مثله) قد تقدم ما يرد عليه من النقض المستعير والعبد المأذون والمكاتب فان اهم ولا يهمل ولا يهمل ما فعل بهم والوعد بالحواب في مظانها ولا بأس بذكره ههنا اجمالا وهو أن المستعير مالك للمنفعة والمأذون يتصرف بحكم المالك وكذلك المكاتب فيملك كل منهم التملك (٩١) (والوضع في حرز الغير ايداع) كالتسليم اليه فيوجب الضمان (الا

اذا استأجره فيكون حافظا بحوزة نفسه) (قوله الآن يقع في داره حريق استثناء من قوله فان حفظها بغيرهم ضمن فاذا وقع ذلك تعين التسليم الى جاره أو الالقائه الى سفينة أخرى طريقا للحفظ فيكون مرضى المالك وينتفي الضمان لكنه منهم في دعوى ذلك لادعائه ضرورة مسقطه للضمان بعد تحقق السبب وهو التسليم والالقائه فصار كدعوى الاذن بالايدي فلا بد من إقامة البينة وقال في المنتقى اذا علم احترق بيته قبل قوله يعني بلاينة قال (فان طلب ما حبا فحبسها وهو بقدر على تسليمها ضمنها الخ) اذا طلب المودع الوديعه وحبسها المودع وهو قادر على التسليم ضمن لانه متعديا المتعدي هو الذي يفعل بالوديعه مالا

(فان حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن) لان المالك رضى بيده لا يبدع غيره والأيدي تختلف في الأمانة ولان الشيء لا يتضمن مثله كالمالك لا يملك غيره والوضع في حرز غيره ايداع الا اذا استأجر الحرز فيكون حافظا بحوزة نفسه قال (الا أن يقع في داره حريق فيسلمها الى جاره أو يكون في سفينة فخاف الغرق فيلقها الى سفينة أخرى) لانه تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة فيرضيه المالك ولا يصدق على ذلك الا ببينة لانه يدعى ضرورة مسقطه للضمان بعد تحقق السبب فصار كما اذا ادعى الاذن في الايداع قال (فان طلبها صاحبها فحبسها وهو بقدر على تسليمها ضمنها) لانه متعدي بالتمنع وهذا لانه لما طالبه لم يكن راضيا بما مسا كيه بعده فيضمنه بحبسه عنه قال (وان خلطها المودع بماله حتى لا يتميز ضمنها ثم لا سبيل للمودع عليه عند أبي حنيفة وقال اذا خلطها بجنسها شره ان شاء) مثل أن يخلط الدراهم البيض بالبيض والسود بالسود والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير لهما أنه لا يمكن الوصول الى عين حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمه فكان استهلا كمن وجهه دون وجه فيميل الى أيهما شاء وله انه استهلاك من كل وجه لانه فعل بتعذر معه الوصول الى عين حقه ولا معتبر بالقسمه لانها من موجبات الشركة

اليه عند عدم رضاه به وليس كذلك فان المالك اذا نهى عن دفعها الى أحد من عياله فدفعها الى مالا يد له منه لم يضمن كما سيأتي في الكتاب فان ظاهرا مدار ذلك هو الضرورة كما هو المفهوم من قوله ولانه لا يجزى بدامن الدفع الى عياله فالأولى أن يترك فكان المالك راضيا به ويقال بدله فان امتناع الحفظ بعياله يقتضي سد باب الودائع وتعطل مصالح العباد كما وقع في شرح القدروري للإمام الزاهدي (قوله فان حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم ضمن لان المالك رضى بيده لا يبدع غيره والأيدي تختلف في الأمانة) أقول فيه أيضا شيء وهو ان ظاهر هذا التعليل يقتضي أن يضمن أيضا اذا حفظها ببيد من في عياله لا يبدع نفسه لان يدهم غير يدهم نفسه فالظاهر أن يقال لان المالك رضى بيدهم لا يبدع غيرهم على نهج قوله في نفس المسئلة فان حفظها بغيرهم أو أودعها غيرهم على صيغة الجمع الشاملة لنفسه وعياله كما وقع في شرح القدروري للإمام الزاهدي حيث قال لان الأيدي تختلف في الأمانة فلا يكون رضاه ببيدهم رضاه ببيد غيرهم (قوله ولا معتبر بالقسمه لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) قال بعض الفضلاء فيه تأمل فان المعاول هنا جواز الشركة والعلة امكان القسمه والقسمه نفسها من موجبات نفس الشركة اه (أقول) هذا ساقط فان القسمه نفسها ليست

يرضى به المودع فاذا طلبه لم يرض بعد ذلك بما مسا كيه وقد حبسه فصار ضامنا واخلط الثاني لتمييز تعدد فيوجب الضمان ويقطع الشركة عند أبي حنيفة وقال ان خلط بالجنس شره ان شاء مثل أن يخلط الدراهم البيض ببنيلها والسود ببنيلها والحنطة بالحنطة والشعير بالشعير ولا تعذر الوصول الى حقه صورة وأمكنه معنى بالقسمه وكل ما هو كذلك فهو استهلاك من وجهه دون وجه فيميل الى أيهما شاء ولا يحنيفة أنه استهلاك من كل وجه لتعذر الوصول معه الى عين حقه وهذا مسلم عند الخصم (قوله وأمكنه معنى) غير صحيح لانه بالقسمه وهي من أحكام الشركة

(قوله لان الايداع استحفاظ لا حفظ) أقول فيه تأمل قال المصنف (ولا معتبر بالقسمه لانها من موجبات الشركة فلا تصلح موجبة لها) أقول فيه تأمل فان المعاول هنا جواز الشركة والعلة امكان القسمه والقسمه نفسها من موجبات نفس الشركة

(فلا تصلح موجبة لها) لتلايقب المعاول عنه (ولو أبرأ المالك) انما سقط حقه عن ذمة المودع عنده لانه لاحقه الا في الدين وقد أسقط وعندهما تسقط خيرة الضمان لتعين الدين لصرف البراءة اليه فبقي الشركة في المخلوط (و) ان خلط المائع بغير الجنس ك(خلط الخل) بالخاء المهملة وهو دهن السمسم (زيت الزيتون) صار مذهبهما كذهب أبي حنيفة (فوجب انقطاع حق المالك الى الضمان بالاجماع لانه استهلاك صورة) وهو ظاهر (ومعنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس) لأن حقيقة القسمة بالافراز وذلك انما يكون عند اتحاد الجنس (ومن هذا القبيل) أي من قبيل انقطاع حق المالك بالاجماع (خلط الخلطة بالشعير في الصحيح) وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعضهم ان الجواب في ذلك كالجواب في خلط الخلطة بالخلطة فكان على الاختلاف المذكور (لان أحدهما لا يخلو عن حبات الاخر فبعضه مذكور التمييز) صورة ومعنى (وان خلط المائع بجنسه أوجب الضمان عنده لما ذكرنا) من الاستهلاك (وعند أبي يوسف يجعل الأقل تابعاً للأكثر) فيكون المخلوط لصاحب الكثير ويضمن لصاحب القليل (اعتبار الغالب أجزء) وعند محمد شركة بكل حال (أي سواء كان الخلط بالقليل أو بغيره) لان الجنس لا يغلب الجنس عندهما ما في الرضاع) اذا جع بين ابن امرأتين في قدح وصب في حلق رضيع ثبت الرضاع منه اجماعاً عند محمد (ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذا بصير ورثة مائعا بالاذابة وان اختلطت بمال المودع من غير فعله كما لو انشق الكيسان فاختلفا صار اشركين لانه لم يصنع شيئاً بوجوب الضمان وهذا بالاتفاق) فان هلك البعض كان من مالهما جميعاً اذا اُصل في المال المشترك أن يكون الهالك من مالهما والباقي على الشركة (فان أنفق المودع بعضها ثم ردمته فخلطه بالباقي ضمن الجميع) البعض بالاستهلاك اتفاقاً والبعض به خلطاً لا يقال فاجعل الرد قضاء لا خلط لعدم تفرد به بالقضاء بغير محضر من صاحبه (٩٣) ولو لم يرد ما أنفق كان ضامناً لما أنفق دون ما بقي منها لبقاء الحفظ فيه وبما أنفق

لم يتعيب الباقي فان هذا مما لا يضره التبعض اذ الكلام فيه وان أخذ ولم يتفق ثم بدله فردّه الى موضعه فهلكت فلا ضمان عليه لان أخذه لم يناف الحفظ وعبود النية لا يصير ضامناً كما لو نوى أن يغصب مال انسان ولم يفعل قال (واذا تعدى المودع في الوديعة الخ) واذا تعدى المودع في الوديعة فركب الدابة أو لبس الثوب أو استخدم العبد أو أودعها عند غيره ثم

فلا تصلح موجبة لها ولو أبرأ المالك لا يسيل له على المخلوط عند أبي حنيفة لانه لاحقه الا في الدين وقد سقط وعندهما بالبراءة تسقط خيرة الضمان فتعين الشركة في المخلوط وخلط الخل بالزيت وكل مائع بغير جنسه يوجب انقطاع حق المالك الى الضمان وهذا بالاجماع لانه استهلاك صورة وكذا معنى لتعذر القسمة باعتبار اختلاف الجنس ومن هذا القبيل خلط الخلطة بالشعير في الصحيح لان أحدهما لا يخلو عن حبات الاخر فبعضه مذكور التمييز والقسمة ولو خلط المائع بجنسه فعند أبي حنيفة ينقطع حق المالك الى ضمان لما ذكرنا عند أبي يوسف يجعل الأقل تابعاً للأكثر اعتبار الغالب أجزء وعند محمد شركة بكل حال لان الجنس لا يغلب الجنس عندهما على ما في الرضاع ونظيره خلط الدراهم بمثلها اذا بصير ورثة مائعا بالاذابة قال (وان اختلطت بماله من غير فعله فهو شركاء لصاحبها) كما اذا انشق الكيسان فاختلفا لانه لا يضمنها لعدم الصنع منه فيشتهر كان وهذا بالاتفاق قال (فان أنفق المودع بعضها ثم ردمته فخلطه بالباقي ضمن الجميع) لانه خلط مال غيره بماله فيكون استهلاكاً على الوجه الذي تقدم قال (واذا تعدى المودع في الوديعة بان كانت دابة فركبها أو ثوباً فلسه أو عبداً فاستخدمه أو أودعها عند غيره ثم أزال التعدى فردّها الى يده زال الضمان) وقال الشافعي لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامناً للشافعية فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا أن الامر باق لا طلاقه وارتفاع حكم العقد ضرورة ثبوت نقيضه فاذا ارتفع عاد حكم العقد

أزال التعدى فردّها الى يده زال الضمان وقال الشافعي رحمه الله لا يبرأ عن الضمان لان عقد الوديعة ارتفع حين صار ضامناً لان الوديعة لكونها أمانة تنافي الضمان واذا ثبت الضمان اتفقت المنافي الاخر وهو الوديعة فلا يبرأ الا بالرد على المالك ولنا أن الامر باق لا طلاقه عن التقيد بوقت فيوجب بقاء المأموربه وهو الحفظ على وجه الامانة وارتفاع حكم العقد وهو الحفظ المذكور ضرورة ثبوت نقيضه وهو الامانة بالخالفه والثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة وهي تندفع باثباته مادامت المخالفة باقية فلا تعدى الى ما بعد ارتفاعه فاذا ارتفع عاد حكم العقد وعرض بأن الامر باق فيكون مأموراً دوام الحفظ وما هذا شأنه بالخالفه فيه ردلاً من الاصل كما يجوز فلا يبرأ عن الضمان برفع المخالفة كالاقرار بعد الجحود وأجيب بأننا لانسلم أن المخالفة فيه رده من الاصل لان بطلان الشيء انما يكون بما هو موضوع لابطاله أو بما ينافيه والمخالفة بالاستعمال ليست بموضوع لابطال الادعاء ولا تنافيه ألا ترى أن الامر بالحفظ مع الاستعمال صحيح ابتداءً بأن يقول للغاصب أو دعتك وهو مستعمل بخلاف الجحود فانه قول موضوع للرد فيجوز أن يكون رداً لقول مثله ألا ترى أن الجحود في أوامر الشرع رد لها بكفر به والمخالفة بترك صلاة أو صوم مأموربه ليست برداً ولهذا لا يكفر بها

(قوله لان أحدهما لا يخلو عن حبات الاخر) أقول هذا تعليل لقوله ومن هذا القبيل الخ (قوله لا يقال فاجعل الرد قضاء لا خلط لعدم تفرد به) أقول قوله لعدم تفرد به جواب لقوله لا يقال فاجعل الرد قضاء لا خلط لعدم تفرد به وهو الخ (قوله ضرورة ثبوت نقيضه وهو الامانة بالخالفه) أقول الظاهر أن قال وهو الخيانة



(قوله كما اذا استأجره) تنظير لمسئلة الوديعة بالاستئجار فان المخالفة ترك الحفظ في بعض اوقات كونها وديعة فصار كما اذا استأجره الحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم عاد الى الحفظ في الباقي فانه ترك الحفظ في بعض الاوقات ولم يخرج بذلك عن كونه أمينا واعتبر بان هذا التنظير غير مستقيم لان بقاء كونه أمينا باعتبار أن عقد الاجارة عقد لازم فلا يرتد بده بخلاف ما نحن فيه وأجيب بأن العقد لازم وغير لازم في الانتفاض بعدم تسليم المعقود عليه سواء بالاتفاق كالاجارة والعاريه والبيع والهبة تنتقض بعدم تسليم المعقود عليه ثم في الاستئجار ورد العقد على منفعة الحفظ في المدة والمنفعة تحدث شيئا فشيئا فبترك الحفظ في بعض المدة يبطل العقد في ذلك الضدر ويكون باقيا لبقاء المعقود عليه فكذلك في الحفظ بغير بدل وقوله (حصل الرد الى نائب المالك) جواب عن قوله فلا يبرأ الا بالرد على المالك ووجهه أن المودع نائب المالك فاذا ارتفعت المخالفة وعاد مودعا حصل الرد الى نائب المالك وقوله (فان طلبها صاحبها الخ) ظاهر وقوله (ولو بجدها عند غير صاحبها) كأن قال له رجل ما حال وديعة فلان فقال ليس له عندي وديعة (لا يضمها عند أبي يوسف) وكذا لو بجدها عند صاحبها من غير طلب منه مثل أن يقول ما حال وديعتي عندك فقال ليس لك عندي وديعة (خلاف الزفر) واتخاذ كرخلافها محاسب وان كان عدم وجوب الضمان قول العلماء الثلاثة قبل لان هذا الفصل غير مذكور (٩٣) في المبسوط واتخاذ كرخلاف زفر

وبعقب فذكر كذلك وجهه  
فول زفر أن الجود سبب  
للضمان سواء كان عند  
المالك أولا كالاتلاف  
حقيقة ووجه قول أبي  
يوسف ما ذكره أنه من باب  
الحفظ لان فيه قطع طمع  
الطامعين قال (وللودع أن  
يسافر بالوديعة الخ)  
وللودع أن يسافر بالوديعة  
وان كان لها جمل ومؤنة  
قالوا اذا كان الطريق آمنا  
فان كان مخوفا ضمن  
بالاتفاق واذا كان آمنا وله  
بذمن السفر كذلك وان  
لم يكن وسافر بأهله لا يضمن  
وان سافر بنفسه ضمن لانه  
أمكنه تركها في أهله ولا

كما اذا استأجره للحفظ شهرا فترك الحفظ في بعضه ثم حفظ في الباقي فحصل الرد الى نائب المالك قال (فان طلبها صاحبها فجدها عندها) لانه لما طلبه بالرد فقد عزله عن الحفظ فعد ذلك هو بالامسالك غاصب مانع فيضمنها فان عاد الى الاعتراف لم يسرأ عن الضمان لارتفاع العقد اذا المطالبة بالرد رفع من جهته والجود فسبح من جهة المودع كجود الوكيل الوكالة وجو أحد المتقدين البيع فتم الرفع أولا المودع ينقذ بعزل نفسه بمحض من المستودع كولو كسب يملك بمنزل نفسه بمحضرة الموكل واذا ارتفع لا يعود الا بالتجدد لم يوجد الرد الى نائب المالك بخلاف الخلاف ثم العود الى الوفاق ولو بجدها عند غير صاحبها لا يضمها عند أبي يوسف خلاف زفر لان الجود عند غيره من باب الحفظ لان فيه قطع طمع الطامعين ولانه لا يملك عزله بنفسه بغير محض منه أو طلبه ففي الامر بخلاف ما اذا كان بحضرته قال (وللودع أن يسافر بالوديعة وان كان لها جمل ومؤنة عند أبي حنيفة وقال ليس له ذلك اذا كان لها جمل ومؤنة) وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين لابي حنيفة رحمه الله اطلاق الامر والمقازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا يملك الاب والوصي في مال الصبي

من موجبات الشرية قطع اذا شئ أنه لا يجب على المشتري كين في شئ وقسمه ذلك الشيء بل يجوز أن يتصرف فيه على الاشتراك من غير قسمه أبدأ فاما الذي من موجبات نفس الشركة وجوازها هو جواز القسمة لا القسمة نفسها فلا يصلح أن يكون جواز القسمة فيما نحن فيه علمة موجبة للشرية لثلاثين قلب المعلول علمة فان المعلول هنا عندهما جواز الشركة قبل أن تتعلق مشيئة المودع بالشرية ونفس الشركة بعد أن تتعلق مشيئتهما وكلاهما كأنه بوجبان جواز القسمة تأمل (قوله وللودع أن يسافر بالوديعة وان كان لها جمل ومؤنة عند أبي حنيفة الخ) قال صاحب العناية في حل هذا المثل قالوا اذا

فرق بين السفر الطويل والقصير وقال ليس له ذلك اذا كان لها جمل ومؤنة وقد تقدم معنى الجمل والمؤنة لكن قيل عند أبي يوسف اذا كان بعيدا وعند محمد قريبا كان أو بعيدا وقال الشافعي ليس له ذلك في الوجهين أي سواء كان لها جمل ومؤنة أولا لابي حنيفة اطلاق الامر لان الامر امره بالحفظ مطلقا فلا يتقيد بمكان كما لا يتقيد بزمان فان قيل سلمنا أن اطلاق الامر يقتضي الجواز لكن المانع عنه متحقق وهو كون المقازة ليس محل للحفظ أجاب بقوله والمقازة محل للحفظ اذا كان الطريق آمنا ولهذا أي ولكون المقازة محلا للحفظ يملك الاب والوصي المسافرة بمال الصبي فلو كان التلف مضمونا لما جاز له ما ذاك قبل مسافرة الاب والوصي بمال الصبي لتجارة والناس يحاطرون بالتجارة لطمع الربح وليس للودع حق التصرف والاستباح في الوديعة فلا يكون الاستدلال به على المودع صحيحا وأجيب بأنه توضيح للاستدلال ولئن كان استدلالا فهو صحيح لان ولا يتم على مال الصبي نظرية وأولى وجوه النظر رعايته عن مواضع التلف فلو كان في السفر وهم التلف ما جاز وحيث زبالا اتفاق اتني وهم التلف

(قوله قبل لان هذا الخ) اقول فائله السيد جلال (قوله وان لم يكن وسافر بأهله الخ) اقول مخالف ما في غاية البيان (قوله لان ولا يتم على مال الصبي نظرية) اقول لقوله تعالى ولا تنفروا مال اليتيم الا بالحق هي أحسن ولولا أنه من الاحسن لما جاز ذلك لهما



ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد لأن المودع يجوز أن يموت في بعض الطريق فيلزم المالك مؤنة الرد والظاهر أنه لا يرضى به فيستقيد به لكن أبا يوسف جعل السفر القريب عفواً (٩٤) قياساً على الغبن اليسير في التجارات والشاقي بقيدته بالحفظ المتعارف وهو

ولهما أنه تلزمه مؤنة الرد فيما له حل ومؤنة الظاهر أنه لا يرضى به فيستقيدوا الشاقي بقيدته بالحفظ المتعارف وهو الحفظ في الأمصار وصار كالاستحفاظ بأجر قلنا مؤنة الرد تلزمه في ملكه ضرورة امتثال أمره فلا يبالى به والمعتاد كونهم في المصر لا يحفظهم ومن يكون في المفازة يحفظ ماله فيها بخلاف الاستحفاظ بأجر لانه عقد معاوضة فيقتضى التسليم في مكان العقد (واذا انهاء المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن) لأن التفسير مفيد إذا الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحاً قال (واذا أودع رجلان عند رجل وديعة ففصر أحدهما وما طلب نصيبه منها لم يدفع اليه حتى يحضر الآخر عند أبي حنيفة وقال لا يدفع اليه نصيبه) وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقاله ذلك والخلاف في المكمل

كان الطريق آمناً فان كان مخوفاً ضمن بالاتفاق وإذا كان آمناً ولم يضمن السفر فكذلك وان لم يكن وسافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه أمكنه تركها في أهله اه (أقول) هذا تقرير مختل وحل فاسد لانه ان كان مقبول القول في قالوا مجموع ما ذكره بان كان قوله اذا كان الطريق آمناً شرطاً وما بعده جزاءه فسد المعنى جداً اذ يلزم حينئذ أن يكون ما كان الطريق مخوفاً قسماً عما كان آمناً فيلزم أن يكون ضد الشيء قسماً منه وهو باطل قطعاً وان كان مقبول ذلك قوله اذا كان الطريق آمناً فقط بان كان معناه قالوا هذا الذي ذكر في الكتاب اذا كان الطريق آمناً كما هو المطابق لما في الكافي وسائر الشروح وكان قوله فان كان مخوفاً ضمن بالاتفاق بياناً للحكم كون الطريق مخوفاً في المسافرة بالوديعة وكان قوله وإذا كان آمناً ولم يضمن السفر الخ تفصيلاً للحكم كون الطريق آمناً في المسافرة بالوديعة فسد معنى المقام أيضاً لانه ان أراد بقوله اذا كان الطريق آمناً في قوله قالوا اذا كان الطريق آمناً ما هو عام لما كان له يضمن السفر وما لم يكن كما هو الظاهر من اطلاق اللفظ كان قوله في التفصيل وإذا كان آمناً ولم يضمن السفر فكذلك منافية لذلك قطعاً وان أراد بذلك ما هو مفيد بان لم يكن له يضمن السفر فرفع كون اللفظ غير مساعد له بنا فيه قوله في التفصيل وان سافر بنفسه ضمن لانه قسم من ذلك المقيد كما ترى مع ان حكمه وهو الضمان مخالف لما ذكر في الكتاب على ان ما ذكر في الكتاب فيما اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه كما يقتضيه اطلاق اللفظ وبدل عليه قطعاً قول المصنف فيما بعده واذا انهاء المودع أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن ولم يذكر في واحد من كتب القصة ولم ينقل عن أحد قط التفصيل الذي ذكره صاحب العناية في صورة اذا كان الطريق آمناً ولم يعين المالك المصر للحفظ فيه وانما ذكر ذلك التفصيل في صورة ان كان الطريق مخوفاً وان عين المالك المصر للحفظ فيه فالصواب في هذا المقام تقرير صاحب النهاية حيث قال هذا كله اذا كان الطريق آمناً ما اذا كان مخوفاً ولم يضمن السفر بالاتفاق وكذا الاب والوصى وان لم يكن له يضمن السفر ان سافر بأهله لا يضمن وان سافر بنفسه ضمن لانه يمكنه أن يتركها في أهله كذا في الجامع الصغير لقاضيخان اه وتقرير صاحب الكافي ومراجعية الدراية حيث قال هذا اذا لم يعين المالك المصر للحفظ فيه بل أطلق فان عين الحفظ في المصر فساقران كان سفره له منه يضمن وان كان سفره لا بد له منه فان أمكنه الحفظ في المصر مع السفر بان أمكنه أن يترك واحداً من عياله مع الوديعة في المصر ضمن وان لم يمكنه ذلك لم يضمن اه وكان صاحب العناية لم يفرق بين الحالين فخلط الكلام وأفسد معنى المقام (قوله وفي الجامع الصغير ثلاثة استودعوا رجلاً ألفاً فاب اثنان فليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عنده وقاله ذلك) قال في العناية وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بوضع الخلاف المذكور في مختصر القسود من قوله وديعة المكمل نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغائب حتى ان الباقي ان هلك في يد المودع كالعائب أن يشارك القابض والموزون فيما قبض وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بوضع الخلاف المذكور في مختصر القسود من قوله وديعة المكمل

الحفظ في الأمصار وجعله كالاستحفاظ بالاجرة اذا استأجر رجلاً شهراً بدوهم ليحفظ ماله فانه لا يملك السفر بذلك المال وان سافر ضمن (قوله قلنا مؤنة الرد) جواب عن قولهما وتقريره سلماً أن المؤنة تلحق المالك لكنه ليس لمعنى من قبل المودع بل من حيث ضرره وقامته المودع أمره فانه أمره مطلقاً وهو لا يتقصد عكساً فهو معنى راجع إلى المالك فلا يبالى به وقوله (والمعتاد كونهم في المصر) جواب عن قول الشاقي يعني ان المعتاد كون المودع وقت الايداع في المصر (لا يحفظهم فان من كان في المفازة يحفظ ماله فيها) ولا ينقله الى الأمصار بخلاف الاستحفاظ بالاجر لانه عقد معاوضة فيقتضى التسليم في مكان العقد واذا انهاء المالك أن يخرج بالوديعة فخرج بها ضمن لأن التقييد مفيد إذا الحفظ في المصر أبلغ فكان صحيحاً قال (واذا أودع رجلان عند رجل وديعة الخ) اذا تعدد المودع وطلب بعضهم نصيبه منها في غيبة الباقي لم يجب بر المودع على الدفع اليه حتى يحضر الباقي وقال يدفع اليه

نصيبه ولا يكون ذلك قسمة على الغائب حتى ان الباقي ان هلك في يد المودع كالعائب أن يشارك القابض والموزون فيما قبض وذكر رواية الجامع الصغير ليدل بوضعه على أن المراد بوضع الخلاف المذكور في مختصر القسود من قوله وديعة المكمل

والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون وذكروا الخلاف فيما يقسم وما لا يقسم قال في الفوائد الطهرية ان الاول هو الصحيح حتى اذا كانت الوديعة من الثياب والدواب والعبيد لم يكن له ان يأخذ نصيبه بالاجماع (٩٥) وحكاية الحاشي في المسئلة مشهورة لهما

انه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ماسلم اليه وهو النصف ولهذا كان المذوق بالالف وهو موزون انما اذا شك ان الالف انما ذكروا فيه على سبيل التمثيل لا الحصر كيف ولو افايد ذلك الحصر لكان وضع المسئلة المذكورة فيه غير متناول للمكيل أصلاً بقتضى قوله وهو موزون ولا للموزون الذي هو غير الالف فيقوت المطالب وقال في معراج الدراية قال أبو جعفر في الكشف في هذه الرواية من الفائدة ما ليس في رواية كتاب الوديعة وذلك ان رواية كتاب الوديعة القاضي لا يأمر المودع بالدفع وكان يجوز ان يقول قائل ان كان القاضي لا يأمر المودع بالدفع فله ان يأخذ مديانه فلما قال في الجامع ليس له ان يأخذ من زالت هذه الشبهة وفائدة أخرى أن رواية كتاب الوديعة في اثنين ورواية الجامع في الثلاثة فلو لا رواية الجامع لكان لبعض أن يقول نصيب الواحد الحاضر من الثلاثة أقل من نصيب الغائبين فيصير مستهلكاً ويجعل تبعاً للاحق فلا يؤخذ من المودع فاما نصيب الحاضر من الرجلين فلا يكون مستهلكاً ولا تبعاً للاحق فله ان يأخذ فبين رواية الجامع أن كليهما سواء انتهى (أقول) في الفائدة الأخرى نظر لان جواب المسئلة في رواية الجامع الصغير أن ليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عند أبي حنيفة وهذا لا يدفع توهم قائل ان عليه عدم الأخذ في هذه الصورة قل نصيب الحاضر بل يؤيده لمساعدة هذه الرواية ذلك الاحتمال وانما يدفعه رواية كتاب الدعوى لان نصيب الحاضر ليس بأقل من نصيب الغائب في تلك الرواية فلا مجال لتوهم أن يكون عليه عدم دفع نصيب الحاضر اليه قل نصيبه فتلك الفائدة الأخرى انما تظهر لو ذكرت رواية كتاب الوديعة بعد ذكر رواية الجامع الصغير على عكس ما في الكتاب اللهم الا أن يكون بناء تلك الفائدة على قول أبي يوسف ومحمد في هذه المسئلة دون قول أبي حنيفة فينبذت تظهر على ترتيب الكتاب تأمل تقف (قوله) بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه أي حق المديون (لان المديون تقتضي بأمثالها) فلا يكون هذا تصرفاً في حق الغير بل يكون المديون متصرفاً في مال نفسه فيجوز كذا في النهاية وغيرها قال صاحب العناية بعد أن شرح هذا المقام أولاً هكذا وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك الى من لا يجب له عليه ذلك اذ لا شك انه يجب على المديون قضاء دينه فلم يتم تصور قضاء الدين بعينه بل لابد من أن يقضى بعينه وجب على المديون للدين دفع مثل دينه من مال نفسه الى دائنائه فكان مأموراً به وبالجملة ليس كل ما يجب على انسان لانسان دفع عين ما أخذه منه بل قد يكون دفع مثله وبذله كما فيما نحن فيه فلا محذور قطعاً ثم قال والمثل مال المديون ليس مشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة

والموزون وهو المراد بالمذكور في المختصر لهما أنه طالبه بدفع نصيبه فيؤمر بالدفع اليه كما في الدين المشترك وهذا لانه يطالبه بتسليم ماسلم اليه وهو النصف ولهذا كان له ان يأخذ من فكذا يؤمر هو بالدفع اليه ولا يحنيفة أنه طالبه بدفع نصيب الغائب لانه يطالبه بالمقرض وحقه في المشاع والمقرض المعين يشتمل على الحقيق ولا يتميز حقه الا بالقسمة وليس للمودع ولاية القسمة ولهذا لا يقع دفعه قسمة بالاجماع بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه لان المديون تقتضي بأمثالها

والموزون لان المذكور فيه الالف وهو موزون انتهى (أقول) فيه بحث اذ ليس فيما ذكره من رواية الجامع الصغير ما يشعر بحصر وضع المسئلة فيما يقسم حتى يدل به على أن موضع الخلاف هو المكيل والموزون قوله لان المذكور فيه الالف وهو موزون ليس بشئ اذ لا شك ان الالف انما ذكروا فيه على سبيل التمثيل لا الحصر كيف ولو افايد ذلك الحصر لكان وضع المسئلة المذكورة فيه غير متناول للمكيل أصلاً بقتضى قوله وهو موزون ولا للموزون الذي هو غير الالف فيقوت المطالب وقال في معراج الدراية قال أبو جعفر في الكشف في هذه الرواية من الفائدة ما ليس في رواية كتاب الوديعة وذلك ان رواية كتاب الوديعة القاضي لا يأمر المودع بالدفع وكان يجوز ان يقول قائل ان كان القاضي لا يأمر المودع بالدفع فله ان يأخذ مديانه فلما قال في الجامع ليس له ان يأخذ من زالت هذه الشبهة وفائدة أخرى أن رواية كتاب الوديعة في اثنين ورواية الجامع في الثلاثة فلو لا رواية الجامع لكان لبعض أن يقول نصيب الواحد الحاضر من الثلاثة أقل من نصيب الغائبين فيصير مستهلكاً ويجعل تبعاً للاحق فلا يؤخذ من المودع فاما نصيب الحاضر من الرجلين فلا يكون مستهلكاً ولا تبعاً للاحق فله ان يأخذ فبين رواية الجامع أن كليهما سواء انتهى (أقول) في الفائدة الأخرى نظر لان جواب المسئلة في رواية الجامع الصغير أن ليس للحاضر أن يأخذ نصيبه عند أبي حنيفة وهذا لا يدفع توهم قائل ان عليه عدم الأخذ في هذه الصورة قل نصيب الحاضر بل يؤيده لمساعدة هذه الرواية ذلك الاحتمال وانما يدفعه رواية كتاب الدعوى لان نصيب الحاضر ليس بأقل من نصيب الغائب في تلك الرواية فلا مجال لتوهم أن يكون عليه عدم دفع نصيب الحاضر اليه قل نصيبه فتلك الفائدة الأخرى انما تظهر لو ذكرت رواية كتاب الوديعة بعد ذكر رواية الجامع الصغير على عكس ما في الكتاب اللهم الا أن يكون بناء تلك الفائدة على قول أبي يوسف ومحمد في هذه المسئلة دون قول أبي حنيفة فينبذت تظهر على ترتيب الكتاب تأمل تقف (قوله) بخلاف الدين المشترك لانه يطالبه بتسليم حقه أي حق المديون (لان المديون تقتضي بأمثالها) فلا يكون هذا تصرفاً في حق الغير بل يكون المديون متصرفاً في مال نفسه فيجوز كذا في النهاية وغيرها قال صاحب العناية بعد أن شرح هذا المقام أولاً هكذا وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك الى من لا يجب له عليه ذلك اذ لا شك انه يجب على المديون قضاء دينه فلم يتم تصور قضاء الدين بعينه بل لابد من أن يقضى بعينه وجب على المديون للدين دفع مثل دينه من مال نفسه الى دائنائه فكان مأموراً به وبالجملة ليس كل ما يجب على انسان لانسان دفع عين ما أخذه منه بل قد يكون دفع مثله وبذله كما فيما نحن فيه فلا محذور قطعاً ثم قال والمثل مال المديون ليس مشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة

(قوله لان المذكور فيه) أقول يعني المذكور في الجامع الصغير (قوله أي حق المديون) أقول يعني ماله (قوله وفيه نظر لان الانسان لا يؤمر بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك) أقول بشكك دفعه قوله لان المديون تقتضي بأمثالها

قوله له أن يأخذه قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع كما إذا كان له ألف درهم وديعة عند  
 انسان وعليه ألف لغريمه فلغريمه أن يأخذه إذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه اليه قال (وان أودع  
 رجل عند رجلين شيئا مما يقسم لم يجز أن يدفعه أحدهما الى الآخر ولكم ما يقسمانه فيحفظ كل واحد  
 منهما نصفه وان كان مما لا يقسم جاز أن يحفظه أحدهما باذن الآخر) وهذا عند أبي حنيفة وكذلك  
 الجواب عنده في المرتفين والوكيلين بالشراء إذا سلم أحدهما الى الآخر وقال لا أحدهما أن يحفظ  
 باذن الآخر في الوجهين لهما أنه رضى بأمانتهما فكان لكل واحد منهما أن يسلم الى الآخر ولا يضمنه  
 كما فيما لا يقسم وله أنه رضى بحفظهما ولم يرض بحفظ أحدهما كله لان الفعل متى أضيف الى  
 ما يقبل الوصف بالتجزئ تناول البعض دون الكل فوقع التسليم الى الآخر من غير رضا المالك فيضمن  
 الدافع ولا يضمن القابض لان مودع المودع عنده لا يضمن وهذا بخلاف ما لا يقسم لانه لما أودعهما  
 ولا يمكنهما الاجتماع عليه أفاة الليل والنهار وأمكنهما المهاباة كان المالك راضيا بدفع الكل الى أحدهما  
 في بعض الاحوال

وقوله (له أن يأخذه) جواب عن قوله ما ولهذا  
 كاره له أن يأخذه وتقريره  
 جواز الاخذ لا يستلزم أن  
 يجبر المودع على الدفع اذ  
 الجبر ليس من ضرورات  
 الجواز يعني من لوازمه  
 لانفسكا عنه كما إذا كانت  
 له ألف درهم وديعة عند  
 انسان وعليه ألف لغريمه  
 فلغريمه أي لغريم المودع  
 بالكسر أن يأخذه إذا ظفر  
 به وليس للمودع أن يدفع  
 اليه قوله (وان أودع رجل  
 عند رجلين شيئا مما يقسم)  
 ما يقسم هو الذي لا يتعين  
 بالتفريق الحسى كالمكيل  
 والموزون وما لا يقسم هو  
 ما يتعين به كالعبد والداية  
 والثوب الواحد والطبق  
 وكلامه ظاهر وقال في  
 المبسوط قول أبي حنيفة  
 أقبس لان رضاه بأمانة اثنين  
 لا يكون رضا بأمانة واحد  
 فإذا كان الحفظ مما يتأق  
 منهم ما عادة لا يصير راضيا  
 بحفظ أحدهما لكل

صاحب العناية والحق ان الضمير في حقه للشريك لا للمدين كواقع في الشروح ومعناه لان الشريك  
 يطالب المدينون بتسليم حقه أي بقضاء حقه وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان المدينون تقضى  
 بأمثالها والمثل مال المدينون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة انتهى كلامه (أقول) فيه نظر  
 أما أولان كلام المصنف لا يساعد لان الضمير في حقه لو كان للشريك دون المدينون لم يتم استدلاله  
 على قوله لانه يطالب به بتسليم حقه بقوله لان المدينون تقضى بأمثالها اذ كون قضاء المدينون بأمثالها  
 لا بأعيانها لا يدل على أن الشريك يطالب المدينون بتسليم حق نفسه لان المثل مال المدينون فلم يكن حق  
 الشريك بل كان حق المدينون فقضاء الدين بالمثل لا يكون تسليم حق الشريك بل يكون تسليم حق  
 المدينون وهذا مما لا ستره به وأما ما يضاف فلا تمانوهمه في نظره السابق من لزوم كون الانسان مأمورا  
 بالتصرف في ماله بالدفع الى من لا يجب له عليه ذلك أولى بالورود على تقدير نفسه بدون ملاحظة ما ذكرنا  
 في سقوطه لانه قال وحقه من حيث القضاء ليس بمشترك بينهما لان المدينون تقضى بأمثالها والمثل مال  
 المدينون ليس بمشترك بينهما والقضاء انما يقع بالمقاصة انتهى وهذا أحق بما توهمه كما ترى والمصدق  
 ما أوضحناه من قبل (قوله قوله له أن يأخذه) أي قول الخصم في هذه المسئلة كذا وهو الامامان على  
 ما مر وقد تعسف فيه الشارح العيني حيث قال والضمير في قوله يرجع الى القائل المعهود في الذهن  
 أي قول القائل نصرته لقولهما كذا انتهى ولا يخفى ما فيه وأما سائر الشراح فلم يتعرض أحد منهم  
 لموجبه افراد ضمير قوله ههنا (قوله قلنا ليس من ضرورته أن يجبر المودع على الدفع الخ) جواب  
 عن قول الاماميين له أن يأخذه تقريره ان جواز الاخذ لا يستلزم أن يجبر المودع على الدفع اذ الجبر ليس  
 من ضرورات الجواز أي من لوازمه لانفسكا عنه كما إذا كانت له ألف درهم وديعة عند انسان وعليه  
 ألف لغريمه فلغريمه أي لغريم المودع بالكسر أن يأخذه إذا ظفر به وليس للمودع أن يدفع اليه كذا في  
 العناية وغيرها (أقول) هنا اشكال وهو ان هذا الجواب لا ينشئ على رواية الجامع الصغير فان  
 جواب المسئلة فيه فليس للحاضر ان يأخذ نصيبه عنده وهذا دال على عدم جواز أخذ أحد الشريكين  
 نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة رحمه الله والجواب المذکور في الكتاب مشعر  
 بجواز أخذ أحد الشريكين نصيبه من المودع في غيبة الآخر عند أبي حنيفة أيضا وان لم يجبر  
 المودع على دفع ذلك اليه عنده بجواز أخذ غريم المودع بالكسر ما أودعه عند انسان اذا ظفر به من  
 المودع بالفتح وان لم يكن للمودع أن يدفعه اليه اذ لو لم يكن المراد بالجواب المزبور تجوز أخذ الشريك

(وإذا قال صاحب الوديعة للودع لاسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن) معناه اذا لم يكن له من التسليم اليها بدعي علم ذلك من رواية الجامع الصغير حيث قال (اذا نهاه أن يدفعها الى أحد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لا يضمن) كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه أو كانت شيئا يحفظ على أيدي النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته (وهو محمل الاول) والاصل فيه ان الشرط اذا كان مفيدا والعمل به ممكن أو جوب مراعاة والمخالفة فيه توجب الضمان واذا لم يكن مفيدا أو كان ولم يمكن العمل به كما فيما نحن فيه يلغو وعلى هذا اذا نهى عن الدفع الى امرأته وله امرأه أخرى أمينة أو عن الحفظ في الدار وله أخرى فخالف فهل ضمن وانتهى عن الحفظ في بيت من دار حفظ في غيره وليس في الذي نهى عنه عورة ظاهرة أو نهى عن الدفع الى امرأته وليس له سواها أو عن الحفظ في دار ليس له غيرها فخالف لم يضمن لان الاول غير مفيد ولثاني غير مقدور العمل به (٩٧) قال (ومن أودع رجلا وديعة الخ)

اذا أودع المودع الوديعة ضمن دون الثاني عند أبي حنيفة ويخرب المال في تضمين أيهما شاء عندهما لانه قبض من ضمنين لان المالك لم يرض بغيره فكان الاول متعديا بالتسليم الى الثاني والثاني قد قبض منه والقباض من الضمين ضمنين كودع الغاصب غير أنه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملوك بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وان ضمن الثاني لم يرجع على الاول لانه عامل له فخرج عليه بما لحقه من العهدة ولا يبي حنيفة أنه قبض المال من يد أمين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من حفظ به ضرورة أيه وتدييره لامن حفظ بصورة يده ولهذا لو دفع الى من يحفظه بضمته كعياله فهل عنده لم يضمن بالاتفاق فاذا لم يكن بالدفع

قال (وإذا قال صاحب الوديعة للودع لاسلمها الى زوجتك فسلمها اليها لا يضمن وفي الجامع الصغير اذا نهاه أن يدفعها الى أحد من عياله فدفعها الى من لا بد له منه لا يضمن) كما اذا كانت الوديعة دابة فنهاه عن الدفع الى غلامه وكما اذا كانت شيئا يحفظ في يد النساء فنهاه عن الدفع الى امرأته وهو محمل الاول لانه لا يمكن إقامة العمل مع مراعاة هذا الشرط وان كان مفيدا فيلغو (وان كان له منه بد ضمن) لان الشرط مفيد لأن من العيال من لا يؤمن على المال وقد أمكن العمل به مع مراعاة هذا الشرط فاعتبر (وان قال احفظها في هذا البيت لحفظها في بيت آخر من الدار لم يضمن) لان الشرط غير مفيد فان البيت في دار واحدة لا يتقوتان في الحرز (وان حفظها في دار أخرى ضمن) لان الدارين يتفان وتان في الحرز فكان مفيدا فيصح التقييد ولو كان التفاوت بين البيتين ظاهرا بان كانت الدار التي فيها البيتان عظيمة والبيت الذي نهى عن الحفظ فيه عورة ظاهرة صح الشرط قال (ومن أودع رجلا وديعة فأودعها آخر فهلكت فله أن يضمن الاول وليس له أن يضمن الثاني وهذا عند أبي حنيفة وقاله أن يضمن أيهما شاء فان ضمن الآخر رجوع على الاول) لهما انه قبض المال من يد ضمنين فيضمنه كودع الغاصب وهذا لان المالك لم يرض بأمانة غيره فيكون الاول متعديا بالتسليم والثاني بالقبض فيغير بينهما غير انه ان ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملوك بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه وان ضمن الثاني لم يرجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من العهدة وله انه قبض المال من يد أمين لانه بالدفع لا يضمن ما لم يفارقه لوجود ما هو المقصود من الحفظ فاذا فارق فقد ترك الحفظ الملتزم فيضمنه بذلك وأما الثاني فستمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه صنع فلا يضمنه كالرجح اذا ألفت في حجره ثوب غيره

الحاضر نصيبه من المودع بدون أن يجبر المودع على دفع ذلك اليه عند أبي حنيفة لما احتج في الجواب من قبله عن قولهما وله هذا كان له ان يأخذه الى التثبت بحديث أن ليس من ضرورات جواز الاخذ أن يجبر المودع على الدفع بل لما أفاد ذلك الحديث المقصود بل كان الواجب في الجواب من قبله عن قولهما المذكور منع جواز الاخذ أيضا فالجواب المزبور أيضا انما يتشبه على ما ذكر في مختصر القدوري وهو المسمى عند النحاة برواية كذب الدعوى كما سمعت فيما مر واعلم أن صاحب فاية البيان قال في شرح قولهما وله هذا كان له أن يأخذه فكذلك هو يؤمر بالدفع اليه ولو كان المال في أيدي الشريكين كان لواحد منهما أن يأخذ نصيبه بغير رضا الآخر فكذلك انه لا يأخذ نصيبه من المودع

(١٣ - تكمله سابع)

ضامنا لم يكن قبض الثاني من ضمنين فلم يوجد تعدد منهما فاذا فارق فقد ترك الحفظ الملتزم فيه ضمنه وأما الثاني فستمر على الحالة الاولى وهو القبض من أمين اذ لم يوجد منه بعد ذلك صنع فلا يضمنه كالرجح اذا ألفت في حجره ثوب غيره

قال المصنف (ومن أودع رجلا وديعة فأودعها آخر الخ) أقول في أوائل كتاب الصلح من المبسوط المودع اذا وقع الحريق في بيته فناول الوديعة جارا له كان ضامنا في القياس انتهى لان المودع أمره بأن يحفظه بنفسه نصا وان لا يدفع الى اجنبي ثم قال في المبسوط وفي الاحتسان لا يكون ضامنا لأن الدفع الى الغير في هذه الحالة من الحفظ انتهى والمسئلة مذكورة في كتاب الهداية في أوائل الوديعة

قال (ومن كان في يده ألف فادعها رجلان كل واحد منهما انتهاله أو دعهما إياه وأبى أن يحلف لهما فالألف بينهما وعليه ألف أخرى بينهما) وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة لاحتمالها الصدق فيستحق الحلف على المنكر بالحديث ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقيقتين وبأيهما بدأ القاضي حازلته عذر الجمع بينهما وعدم الأولوية ولو تشاحا أقرع بينهما تطعيبا لقلوبهما ونفيا للتممة المسبل ثم إن حلف لأحدهما يحلف للثاني فإن حلف فلا شئ لهما لعدم حاجة وأن نكل أعنى للثاني يقضى له لوجود الحاجة وإن نكل للأول يحلف للثاني ولا يقضى بالنكول بخلاف ما إذا أقر لأحدهما لأن الأقرار حجة موجبة بنفسه فيقضى به

وقال في شرح الجواب عنه والجواب عن قولهما لو كان في أيديهما ما كان لأحدهما أن يأخذ نصيبه نقول لا يلزم من ذلك أن يأخذ نصيبه من المودع ألا ترى أن الغريم إذا أخذ من مال غريمه جنس حقه جاز ولا يجبر على الرد ولا يجوز أن يأخذ حقه من مودع الغريم وهذا معنى قوله كما إذا كان له ألف درهم ودعوى عنه عند إنسان وعليه ألف لغريمه فله غريمه أن يأخذ إذا ظفر به وليس للمودع أن يدفعه إليه إلى هنا كلام ذلك الشارح (أقول) فعلى هذا الاستفراغ يقتضي هذا الجواب على كلتا الروايتين ولكن لا ينبغي على من له دربة بأساليب الكلام أن تقرير المصنف لا يساعده ذلك جدا تبصر (قوله وشرح ذلك أن دعوى كل واحد صحيحة) أي على سبيل الانفراد دون الاجتماع لاستحالة أن يكون ألف الواحد مودعا عند اثنين بكاله كذا في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو الحق عندي في معنى المقام فيتم التعليل حينئذ بقوله لاحتمالها الصدق بلا كلفة أصلا وأما بعض الفضلاء فقد قصد توجيه المقام بالحل على صحة دعواهما على سبيل الاجتماع حيث قال في بيانه بأن يودعه أحدهما

فيشترى المودع به سلعة من الآخر ويسلمه إليه من غنه فيقبضه ثم يودعه أيضا انتهى (أقول) ليس هذا بشئ لأن ما ذكر في أصل المسئلة من قوله فادعها رجلان كل واحد منهما أنتهاله أو دعهما إياه يدل على أن كل واحد منهما ادعى أنه ملك له في الحال أو دعهما إياه ولا شك أن العين الواحدة لا يتصور أن يكون ملكا لثنين بكاله في حالة واحدة ولا أن يكون مودعا من اثنين بكاله في حالة واحدة وفي الصورة التي ذكرها ذلك القائل قد زال ابداع أحدهما ألف من هو في يده وزال ملكه عنها أيضا باشتراؤه بها سلعة من الآخر وتسليمها إليه فكيف يحتمل أن يصدقا معا في دعواهما المزبورة (قوله ويحلف لكل واحد منهما على الانفراد لتغاير الحقيقتين) قال جماعة من الشراح في تعليل تغاير الحقيقتين لأن كل واحد منهما يدعى ألفا (أقول) يرد عليه أن كل واحد منهما ادعى ألفا معا وهو ما في يده المدعى عليه كما مرح به في وضع المسئلة والنقود تتعين في الودائع على ما تقرر في موضعه ونص عليه الزيلعي في شرح هذه المسئلة في التبيين فمن أين يدل هذا على تغاير الحقيقتين ثم إن بعض الفضلاء بين مغايرة الحقيقتين بنهج آخر حيث قال والظاهر أن تغاير الحق تغاير المستحق فلكل منهما حق في يمينه على ما مر في الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام لا يمينه انتهى (أقول) ليس هذا بعيبه ههنا لأن ما يقتضيه أن يكون لكل منهما حق في يمينه إنما هو عدم الاكتفاء لتحليفه لأحدهما فقط وهذا لا يستلزم تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد كما هو المطالب ههنا بل يحصل تحليفه لهما معا وإنما الذي يقتضي تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد أمر واه أن يكون لكل واحد منهما ما حق في يمينه ألا ترى أنهم لو ادعيا من أحدهما شيئا واحدا مشتركا بينهما على سبيل الشيوع كان لكل واحد منهما حق في يمينه قطعاً مع أنه لا يجب هناك تحليفه لكل واحد منهما على الانفراد والظاهر في تعليله أن يحلف ههنا لكل واحد منهما على الانفراد ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وإنما يحلف لكل واحد منهما بانفراده لأن كل واحد منهما ادعاه بانفراده

(وإذا كان في يد رجل ألف فادع رجلان كل واحد منهما انتهاله أو دعهما الخ) نظاهر سوى ألفاظ تذكرها قوله لتغاير الحقيقتين لأن كل واحد منهما يدعى ألفا قوله وإن نكل أعنى الثاني أي بعدما حلف الأول قوله ولا يقضى بالنكول يعنى للأول لأن الثاني ربما يقول إنما نكل لك لأنك بدأت بالاستحلاف فلا تنقطع الخصومة بينهما

قال المصنف (إن دعوى كل واحد منهما صحيحة لاحتمالها الصدق) أقول بأن يودعه أحدهما فاشترى المودع به سلعة من الآخر ويسلمه إليه من غنه فيقبضه ثم يودعه أيضا (قوله لتغاير الحقيقتين لأن كل واحد منهما يدعى ألفا) أقول لا بل يدعى ألفا المعين إلا أن يراد باعتبار المال والظاهر أن تغاير الحق لتغاير المستحق فلكل منهما حق في يمينه على ما مر في الدعوى من قوله عليه الصلاة والسلام لا يمينه



(قوله فيكشف وجه القضاء) بأن يقضى بالالف للاول والثاني أو لهما جميعا لأنه لو لم يلف الثاني فلا شيء له والالف كله للاول (ولو نكل  
لثاني أيضا كان الالف بينهما) فلذلك يتوقف عن القضاء حتى يظهر وجهه (قوله لأنه) أي لأن المودع المذكور (أوجب الحق لكل واحد منهما  
ببدله) عند أبي حنيفة (وبإقراره) عندهما (ولو قضى الاول حين نكل قال الامام علي البرزوي في شرح الجامع الصغير أنه يحلف للثاني وإذا  
نكل يقضى بينهما لأن القضاء للاول لا يبطل حق الثاني لأن القاضي قدمه اما باختباره أو بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني) ولم يذكر  
أنه إذا حلف الثاني ماذا حكمه وقال أخوه في شرح الجامع الصغير فإن حلف يقضى بنكوله للاول وقوله (لكنه إقرارا) أي ليكون النكول  
إقرارا (دلالة) وقوله (ما هذا العبد) يعني لا يقتصر على لفظ العبد بل يضم اليه ولا قيمته لأنه لما أقر به للاول وثبت له حق الاول لا يفيد  
إقراره به للقاضي لأنه لا يمكن دفعه إلى الثاني بعد ذلك وقوله (بناء) أي قال الخصاف يحلفه (٩٩) عند محمد بن (علي أن المودع إذا أقر

بالوديعة ودفع بالقضاء إلى  
غيره يضمها عند محمد  
خلاف أبي يوسف) كما إذا  
أقر بالوديعة لانسان ثم  
قال أخطأت بل هي لهذا  
كان عليه أن يدفعها إلى  
الاول لأن إقراره بها صحيح  
ورجوعه به - ذلك باطل  
ويضم من اللان خرقتهما  
لإقراره لثاني وأنه صار  
مسئلا على الثاني لإقراره  
بها الاول فيكون ضامنا له  
قيمتهما وهذا إذا دفعها إلى  
الاول بغير قضاء فان دفعها  
بقضاء فكذلك في قول محمد  
خلاف أبي يوسف لأن مجرد  
إقراره لم يثبت على أحد  
شيئا وانما القوات بالدفع إلى  
الاول وقد كان ذلك بقضاء  
فلا يضمن ولمحمد أنه سلب  
القاضي على القضاء بها  
للاول لإقراره وقد أقر أنه  
مودع للثاني والمودع إذا  
سلب على الوديعة غيره صار  
ضامنا للمسئلة تغريعات

أما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجازان يؤخره ليحلف الثاني فيكشف وجه القضاء ولو نكل  
لثاني أيضا يقضى بها بينهما نصفين على ما ذكر في الكتاب لاستوائهما في الحق كما إذا أقاما البينة ونعم ألما  
أخرى بينهما لأنه أوجب الحق لكل واحد منهما بمثله أو بإقراره وذلك حجة في حقه وبالصرف اليهما  
صار قاضيا نصف حق كل واحد بنصف حق الآخر فيغرمه ولو قضى القاضي للاول حين نكل ذكر الامام  
علي البرزوي في شرح الجامع الصغير أنه يحلف للثاني وإذا نكل يقضى بها بينهما لأن القضاء للاول لا يبطل  
حق الثاني لأنه بقدره ما بنفسه أو بالقرعة وكل ذلك لا يبطل حق الثاني وذكر الخصاف أنه يتعد قضاؤه  
للاول و وضع المسئلة في العبد وانما هذه لم تدفع على الاحتمال لأن من العلماء من قال يقضى للاول ولا  
ينتظر لكونه إقرارا لدلالة ثم لا يحلف للثاني ما هذا العبد لأن نكوله لا يفيد بعد ما صار للاول وهل يحلفه  
بالله ما لهذا العبد هذا العبد ولا قيمته وهو كذا وكذا ولا أقل منه قال ينبغي أن يحلفه عند محمد  
رحمته الله خلافا لأبي يوسف بناء على أن المودع إذا أقر بالوديعة ودفع بالقضاء إلى غيره يضمها عند محمد  
خلافه وهذه أربعة المسئلة وقد وقع فيه بعض الاطباء والله أعلم

### كتاب العارية

قال (العارية جائزة) لأنها نوع احسان وقد استهزأ النبي لمية الصلاة والسلام وروى عن صفوان  
انتهى تدبر (قوله أما النكول انما يصير حجة عند القضاء فجازان يؤخره ليحلف الثاني فيكشف  
وجه القضاء) قال صاحب العارية في بيان وجه القضاء بأن يقضى بالالف للاول والثاني أو لهما  
جميعا لأنه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول ولو نكل للثاني أيضا كان الالف بينهما انتهى  
(أقول) لا حاجة لقوله وللثاني ادلا احتمال للقضاء بالالف للثاني بعد نكول ذي اليد للاول والكلام فيه  
فالمحتمل هنا وجهان لا غير والعجب أنه قال في التعليل أنه لو حلف للثاني فلا شيء له والالف كله للاول  
ولو نكل للثاني أيضا كان الالف بينهما وهذا قطعي في أن المحتمل هنا وجهان لا غير وكان منشأ زلته هو أن  
سائر الشراح قالوا في بيان وجه القضاء بأن يقضى بالالف لهما أو لاحدهما فتوههم الشارح المزبور  
أن قولهم أو لاحدهما يعم الاول والثاني فوقع فيما وقع مع أن مرادهم به أحدهما بعينه وهو الاول

### كتاب العارية

قد مر وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله في أول الوديعة ثم انه قد وقع الاختلاف في تفسير العارية

ذكرت في المطولات والله سبحانه وتعالى أعلم

### كتاب العارية

قد ذكرنا وجه مناسبة هذا الكتاب لما قبله ومن محاسنها دفع حاجة المحتاج قبل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكأنه جعل للغير  
نوبة في الانتفاع بملكه إلى أن تعود النوبة إليه بالاسترداد متى شاء واختلف في تعريفها اصطلاحا

(قوله يقضى بالالف للاول والثاني) أقول في قوله أو للثاني بحث (قوله لا يفيد إقراره به) أقول ويلغوز كالعبد قال المصنف قال ينبغي أن  
يحلفه عند محمد إلى قوله بناء على أن المودع) أقول قوله قال جواب هل في قوله وهل يحلفه بالله وقوله بناء فمفعول له لقوله قال وأحال من فاعله

### كتاب العارية

فقال عامة العلماء (هي غلبتك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير) قيل وهو قول الشافعي قال (لأنها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة والنهي يعمل فيه ولا يملك الاجارة من غيره) وكل من ذلك يدل على أنها اباحة أما الاول فلان التملك لا ينعقد بلفظ الاباحة وأما الثاني فلان التملك يقتضي أن تكون المنافع معلومة لان تملك المجهول لا يصح ولا يعلم الا بضرب المدة وهو ليس بشرط فكان تملك المجهول وأما الثالث لان المعبر بملك النهي عن الاستعمال ولو كان تملك المأموه كالأجير لا يملك نهي المستأجر عن الانتفاع وأما الرابع فلان الم. تأجير يجوز أن يؤثر المستأجر لملكه المنافع فلو كانت الاعارة تملكك الاجارة ذلك كافي الاجارة والهبة (وقال عامة العلماء انما يتبى عن التملك فان العارية من العربية وهي العطية) وهي انما تكون تملكك (ولهذا تنعقد بلفظ التملك) مثل أن يقول ملكتك منفعة دارى هذه شهرا وما ينعقد بلفظ التملك فهو تملك فان قبل المنافع أعراض لا تبقى فلا تقبل التملك أوجب بقوله (والمنافع قابلة للملك كالاعيان) (١٠٠) وبني على ذلك قوله (والتملك نوعان بعوض وبغير عوض) وذلك ظاهر لا نزاع فيه (ثم الاعيان

تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة) وفيه بحث من أوجه الاول أنه استدلال في التعريفات وهي لا تقبله لان المعرف اذا عرف شيئا بالجامع والمنافع فان سلم من النقض فذلك وان انتقض بكونه غير جامع أو مانع يجاب عن النقض ان أمكن وأما الاستدلال فأنما يكون في التصديقات والثاني أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه أصول الفقه والثالث أن من شرط القياس أن يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو نظيره والمنافع ليست نظير الاعيان ويمكن

(وهي غلبتك المنافع بغير عوض) وكان الكرخي رحمه الله يقول هو اباحة الانتفاع بملك الغير لانها تنعقد بلفظ الاباحة ولا يشترط فيها ضرب المدة ومع الجهة لا يصح التملك ولذلك يعمل فيها النهي ولا يملك الاجارة من غيره ونحن نقول انه ينبى عن التملك فان العارية من العربية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التملك والمنافع قابلة للملك كالاعيان والتملك نوعان بعوض وبغير عوض ثم الاعيان تقبل النوعين فكذا المنافع والجامع دفع الحاجة ولفظة الاباحة استعبرت للتملك كافي الاجارة فانها تنعقد بلفظ الاباحة وهي تملك

لغة وشريعة أما لغة فقد قال ابو هري في الصحاح العارية بالتشديد كأنها منسوبة الى العار لان طلبها عار وعيب والعارية مثل العارية انتهى وقال المطرزي في المغرب العارية أصلها عورية فعليه منسوبة الى العارة اسم من الاعارة كالغارة من الاغارة وأخذها من العار العيب والعري خطأ انتهى وفي بعض الشروح ما ذكره في المغرب هو المعول عليه لان النبي صلى الله عليه وسلم باشر الاستعارة فلو كان في طلبها عار لما باشرها وفي القاموس والمغرب وقد تخفف العارية وفي المبسوط قيل هي مشتقة من التعاور وهو التناوب فكانه يجعل للغير نوبة في الانتفاع بملكك على أن تعود النوبة اليه بالاسترداد متى شاء ولهذا كانت الاعارة في المبكى والموزون قرضاً لانه لا ينتفع بها الا باستهلاك العين فلا تعود النوبة اليه في تلك العين لتكون عارية حقيقة وانما تعود النوبة اليه في مثلها وأما شريعة فقال عامة العلماء هي عبارة عن تملك المنافع بغير عوض وقال الكرخي والشافعي هي عبارة عن اباحة الانتفاع بملك الغير وسيأتي دليل الطرفين في الكتاب (قوله ونحن نقول انه ينبى عن التملك فان العارية من العربية وهي العطية ولهذا تنعقد بلفظ التملك الخ) أقول فيه بحث من وجهين أحدهما أن الخصم أن يمنع كون العارية من العربية التي هي العطية ويقول بل هي من العار كاذ كرفي الصحاح أو من العارة كاذ كرفي المغرب أو من التعاور كاذ كرفي المبسوط وعلى هذه الوجوه المروية عن ثقات الأئمة لا يثبت انباء لفظ العارية عن التملك وثانيهما أن الخصم أن يقول انعقاد العارية بلفظ التملك لا يدل على

أن يجاب عنها بأن هذا التعريف اما لفظي أو رسمي فان كان الاول فغاذ كرفي بيانه يجعل لبيان المناسبة كونها لاستدلال على ذلك وان كان الثاني جعل بيانها لخص يعرف بها العارية ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهره فالحل عليه أولى (قوله ولفظة الاباحة) جواب عن قول الكرخي انهم تنعقد بلفظ الاباحة ووجهه أن ذلك مجاز كأن الاجارة تنعقد بلفظ الاباحة ولا نزاع في كونها تملك

قال المصنف (وهي غلبتك المنافع الى قوله يقول هو اباحة الانتفاع) أقول كان المناسب أن يقول في الاول هو لئلا يكون الخبر وهما هي (قوله) ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف اما لفظي أو رسمي فان كان الاول فغاذ كرفي بيانه يجعل لبيان المناسبة لاستدلال (أقول ولا يخفى أن التعريف اللفظي يقبل الاستدلال لكونه تصديقا لا تصوريا) (قوله ولو جعلنا المذكور في الكتاب حكم العارية وعرفناها بأنها عقد الخ) أقول أنت تعلم أن حكم الشيء لا يحمل عليه بالمواطاة (قوله كان سالما من الشكوك) أقول أما من الاول فسلم وأما من الاخيرين فلا

كونه معنى التملك دون الاباحة لجواز أن يكون لفظ التملك هناك مستعار المعنى الاباحة لعلاقة لزوم  
 الاباحة للتملك كما قلتم في الجواب عن انعقادها بلفظة الاباحة أن لفظة الاباحة استعيرت للتملك على  
 ما سأتى في الكتاب وقال صاحب العناية فيه بحث من أوجه الاول انه استدلال في التعريفات وهي  
 لا تقبله لان المعرفة اذا عرفت شيئا بالجامع والمنافع فان سلم من النقض فذلك وان انتقض بكونه غير جامع  
 أو مانع يحجب عن النقض ان أمكن وأما الاستدلال فانما يكون في التصديقات والثاني أنه قياس في  
 الموضوعات وهو غير صحيح لان من شروط القياس تعدية الحكم الشرعي الثابت بالنص بعينه الى فرع  
 هو نظيره ولا نص فيه والموضوعات ليست بحكم شرعي وموضعه أصول الفقه والثالث أن من شرط  
 القياس أن يكون الحكم الشرعي متعديا الى فرع هو نظيره والمنافع ليست بتفسير الاعيان الى هناكلامه  
 (أقول) كل واحد من أوجهه يحسنه ساقط أما الاول فلان ما ذكر ليس باستدلال على نفس التعريف  
 الذي هو من قبيل التصورات بل على الحكم الضمني الذي يقصده المعترف كأن يقال هذا التعريف هو  
 الصحيح أو هو الحق ولا شك أن مثل هذا الحكم من قبيل التصديقات التي يجري فيها الاستدلال وقد  
 صرحوا في موضعه بأن الاعتراضات الموردة في التعريفات من المنع والنقض والمعارضة انما تورد على  
 الاحكام الضمنية بأن هذا التعريف صحيح جامع مانع لا على نفس التعريفات التي هي من التصورات ولا  
 ريب ان أمر الاستدلال هنا أيضا كذلك وأما الثاني فلان المصنف لم يقصد اثبات كون لفظ العارية  
 موضوعا في عرف الشرع لملك المنافع بغير عوض بالقياس حتى يرد عليه أنه قياس في الموضوعات بل  
 أراد اثبات قبول المنافع لنوع التملك بالقياس على قبول الاعيان لهما وقصد اثبات هذا دفع توهم  
 الخصم أن المنافع أعراض لا تبقى فلا تقبل التملك كما صرح به الشارح المذکور ولا يخفى أن قبول  
 الاعيان لنوع التملك حكم شرعي ثابت بالنص الدال على جواز البيع والهبة فيصح تعديته الى قبول  
 المنافع لهما أيضا وأما الثالث فلانه ان أراد بقوله والمنافع ليست بتفسير الاعيان انهما ليستا نظيرهما من كل  
 الوجوه فهو مسلم ولكن لا يهدى نفعه اذا لا يشترط في صحة القياس اشتراك الفرع مع الاصل في جميع  
 الجهات بل يكفي اشتراكهما في علة الحكم على ما عرف في أصول الفقه وان أراد أنهما ليستا نظيرهما في  
 علة الحكم فهو ممنوع فان علة الحكم الذي هو القبول لنوع التملك فيما نحن فيه انما هي دفع الحاجة  
 وهما أي الاعيان والمنافع مشتركتان في هذه العلة كما يفصح عنه قول المصنف والجامع دفع الحاجة ثم  
 قال ويمكن أن يجاب عنها بأن هذا التعريف اما لفظي أو رسمي فان كان الاول فإذ كفي بيانه يجعل  
 لبيان المناسبة لاستدلاله على ذلك وان كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية انتهى (أقول)  
 وفيه بحث من أوجه الاول ان هذا التعريف ان كان لفظيا كان قابلا للاستدلال عليه اذ قد تقر في محله  
 أن ما ل التعريف اللفظي الى التصديق والحكم بأن هذا اللفظ بازاء ذلك المعنى فلذلك كان قابلا للمنع  
 بخلاف التعريف الحقيقي اذ لا حكم فيه بل هو تصور ونقش فلا معنى لقوله فان كان الاول فإذ كفي بيانه  
 يجعل لبيان المناسبة لاستدلاله على ذلك والثاني انه قد تقر في موضعه أيضا أن التعريف الرسمي الذي  
 بالخواص انما يكون بالخواص اللازمة البينة ولا شك أن الوازم البينة لا يحتاج الى البيان فلا وجه لقوله  
 وان كان الثاني جعل بيانا لخواص يعرف بها العارية والثالث أن الظاهر ان ضمير عنها في قوله ويمكن أن  
 يجاب عنها ارجع الى وجه بحثه مع أن ما ذكره في الجواب على تقرير غامه انما يكون جوابا عن الوجه  
 الاول من تلك الاوجه دون غيره كما لا يخفى على الفطن ثم قال ولو جعلنا المذکور في الكتاب حكم العارية  
 وعرفناها بانها عقد على المنافع بغير عوض كان سالما من الشكوك وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهرا  
 فالجمل عليه أولى انتهى (أقول) فيه نظر أما أولا فلانه لو جعل ما ذكر في الكتاب حكم العارية لبقى

(قوله والجهالة) جواب عن قوله ومع الجهالة لا يصح التملك ووجهه أن الجهالة المفضية إلى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم الزوم ووجه آخر أن الملك في العارية يشبث بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة وقوله (والنهي منع عن التصديق) جواب عن قوله وكذلك يعمل النهي فيه ووجهه أن عمل النهي ليس باعتبار أنه ليس في العارية تملك بل من حيث أنه بالنهي يمنع المستعير عن تحصيل المنافع التي لم يملكها بعد وله ذلك (١٠٣) لكونه ما عدا غير لازم فكان له الرجوع على ملك المستعير أي وقت شاء كافي التهمة وقوله

والجهالة لا تنقضي إلى المنازعة لعدم الزوم فلا تكون ضائرة ولأن الملك يثبت بالقبض وهو الانتفاع وعند ذلك لا جهالة والنهي منع عن التصديق فلا يحصل المنافع على ملكه ولا يملك الا حارة لا دفع زيادة الضرر على ما ذكره ان شاء الله تعالى قال (وتصح بقوله أعرتك) لأنه صريح فيه (وأطمعك هذه الارض) لأنه مستعمل فيه

(ولا يملك الاجارة) جواب عن قوله ولا يملك الاجارة من غيره وذلك لدفع زيادة الضرر على ما سيجيء هذا ما يتعلق بنفسه - برها أو حكمه هاو شرطها قابلية العين للانتفاع به ما سمع بقائها وسببها ما مر مرارا من التعاضد المحتاج اليه المدني بالطبع وهي عقد جائز لأنه نوع احسان وقد استعار النبي صلى الله عليه وسلم دروعا من صفوان وانما قدم بيان الجواز على تفسيره الشدة تعلق الفقه به قال (وتصح بقوله أعرتك الخ) هذا بيان الالفاظ التي تنعقد بها العارية وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه أي حقيقة في عقد العارية وأطمعك هذه الارض لأنه مستعمل فيه قيل أي مجاز فيه وفي عبارته نظر لأنه اذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الاصول فلا فرق اذ بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والاخر مجاز فإشارتي

البحث الثالث قطعاً فلم يتم قوله كان سالماً من الشكوك وأما ثانياً فلان قول المصنف هي تملك المنافع بغير عوض يحمل التملك عليه بالمواطأة ينافي ظاهراً كون المذكور في الكتاب حكم العارية اذ حكم الشيء لا يحمل عليه بالمواطأة فلم يتم قوله وليس في كلام المصنف ما ينافيه ظاهراً وأما ثالثاً فلان توجيهه هذا ينافي ما ذكره في أول كتاب العارية بطريق الجزم حيث قال وأختلف في تعريفها اصطلاحاً فقال عامة العلماء هي تملك المنافع بغير عوض وكان الكرخي يقول هي اباحة الانتفاع بملك الغير وهو قول الشافعي انتهى فان توجيهه هذا يقتضي أن يكون الاختلاف المذكور في حكمها لا في تعريفها وقال بعض الفضلاء على قوله كان سالماً من الشكوك أما من الاول فسلم وأما من الاخيرين فلا انتهى (أقول) سلامته من الثاني أيضاً ظاهر اذ على تقدير أن يكون ما ذكر في الكتاب حكم العارية دون معناه شرعاً لم يتصور وضع بينه وبين لفظ العارية حتى يتجه على دليله المذكور أنه قياس في الموضوعات وهو غير صحيح (قوله والجهالة لا تنقضي إلى المنازعة لعدم الزوم فلا تكون ضائرة) جواب عن قول الكرخي ومع الجهالة لا يصح التملك ووجهه أن الجهالة المفضية إلى النزاع هي المانعة وهذه ليست كذلك لعدم الزوم فلا تكون ضائرة كذا في السروح قال صاحب الكافي في تقريره هذا المحل وانما صححت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التملك مع جهالة المدة لان هذه الجهالة لا تنقضي إلى المنازعة لان للغير أن يفسخ العقد في كل ساعة لكونه غير لازمة والجهالة التي لا تنقضي إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد انتهى كلامه (أقول) فيه نوع خلل لان قوله وانما صححت العارية مع جهالة المدة وان لم يصح التملك مع جهالة المدة يشعر بأن عامة العلماء قالوا بوجه العارية مع جهالة المدة وان اعترفوا بعدم صحة التملك أصلاً مع جهالة المدة فيلزم أن لا يتم هذا الكلام جواباً عن قول الخصم ومع الجهالة لا يصح التملك لان مقصوده الاستدلال على أن العارية هي الاباحة دون التملك لا على أنه غير صحيحة مع الجهالة قالوا في العبارة أن يقول وانما صححت العارية مع جهالة المدة وان كانت هي التملك لان هذه الجهالة لا تنقضي إلى المنازعة الخ تأمل (قوله وتصح بقوله أعرتك لأنه صريح فيه وأطمعك هذه الارض لأنه مستعمل فيه) قال صاحب العناية في تفسير قوله صريح فيه أي حقيقة في عقد العارية وفي تفسير قوله مستعمل فيه أي مجاز فيه ثم قال وفي عبارته نظر لأنه اذا أراد بقوله مستعمل أنه مجاز فهو صريح لأنه مجاز متعارف والمجاز المتعارف صريح كما عرف في الاصول فلا فرق اذ بين العبارتين والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والاخر مجاز فإشارتي

الثاني بقوله مستعمل أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة

مادة

(قوله وكان له الرجوع على ملك المستعير) أقول فيه بحث (قوله فلا فرق اذ بين العبارتين) أقول أي أعرتك وأطمعك (قوله والجواب كلاهما صريح لكن أحدهما حقيقة والاخر مجاز فإشارتي إلى الثاني بقوله مستعمل أي مجاز ليعلم أن الآخر حقيقة) أقول فيه تأمل فان تخصيص الاول بكونها صريحة يوهم أن الثانية ليست كذلك فلا تنقسم مادة الاشكال



ومختك هذا الثوب أى أعطيتك المنحة وهى الناقصة أى أو الشاة يعطى الرجل الرجل يشرب من لبنها ثم يردّها إذا ذهب درهم كثير حتى  
 قيل فى كل من أعطى شيئاً من وجبتك على هذه الدابة إذا لم يرد به أى بقوله هذا الهبة لانهم التملك العين عرفاً وعند عدم ارادته الهبة  
 يحمل على تملك المنافع تجوز من حيث العرف العام وأخدمتك هذا العبد لانه أذن له فى الاستخدام وهى العارية وهى ودارى ستنى لأن  
 معناه سكنها هاك وهى العارية ودارى لك عمري سكنى لانه جعل سكنها له مدة عمره وجعل قوله سكنى تفسير القول لك لانه منصوب  
 على التمييز من قوله لك لان قوله لك يحمل تملك العين وتملك المنفعة فاذا ميزه تعين فى المنفعة فحمل الكلام عليه أى على تملك المنافع  
 بدلالة آخره حمل المحتمل على المحكم وللعبر أن يرجع فى العارية متى شاء لقوله (١٠٣) صلى الله عليه وسلم المنحة من دودة

والعارية مؤداة ووجهه  
 الاستدلال ظاهر وفيه  
 تعميم بعد التخصيص لما  
 عرفت أن المنحة عارية خاصة  
 وفيه زيادة مبالغة فى أن  
 العارية مستغنى الردولان  
 المنافع تلك شياً فشيأ على  
 حسب حدودها فالتمليك  
 فيما لم يوجد منها لم يتصل  
 به القبض ولا يملك الابن

(ومختك هذا الثوب وجبتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة) لانهم التملك العين وعند عدم ارادته الهبة  
 تحمل على تملك المنافع تجوزاً قال (وأخدمتك هذا العبد) لانه أذن له فى استخدامه (ودارى  
 لك سكنى) لان معناه سكنها هاك (ودارى لك عمري سكنى) لانه جعل سكنها له مدة عمره وجعل قوله  
 سكنى تفسير القول لك لانه يحمل تملك المنافع فحمل عليه بدلالة آخره قال (وللعبر أن يرجع فى العارية  
 متى شاء) لقوله عليه الصلاة والسلام المنحة من دودة والعارية مؤداة ولان المنافع تلك شياً فشيأ على  
 حسب حدودها فالتمليك فيما لم يوجد لم يتصل به القبض فيصح الرجوع عنه قال (والعارية مائة  
 ان هلكت من غير تعدل يضمن) وقال الشافعى يضمن لانه قبض مال غيره لنفسه لاعتق استحقاق  
 فيضمنه والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على  
 سوم الشراء

مادة الاشكال انتهى (أقول) هذا ساقط لان الصريح عند علماء الاصول ما انكشف المراد منه فى  
 نفسه فيتناول الحقيقة الغير المجورة والمجاز المتعارف كما عرفت فى موضعه وأراد المصنف بالصريح ههنا  
 الحقيقة فقط بقرينة ما ذكره فى مقابله كإيئنه صاحب العناية فان أراد ذلك البعض أن تخصيص الاولى  
 بكونها صريحة يوهم أن الثانية ليست كذلك أى ليست بصريحة بالمعنى الذى ذكره علماء الاصول فهو  
 مسموع وانما يكون كذلك لولم يكن قرينة على انه أراد بالصريح ههنا معنى الحقيقة وليس فليس وان أراد  
 أن تخصيص الاولى بذلك يوهم أن الثانية ليست بصريحة بمعنى الحقيقة فهو مسلم ولكن الاشكال فيه  
 حتى لا تحسم مادة (قوله ومختك هذا الثوب وجبتك على هذه الدابة إذا لم يرد به الهبة الخ) قال صاحب  
 السكاكى كان ينبغي أن يقول إذا لم يرد به ما بدليل التعليل وقال ويمكن أن يجاب عنه بأن الضمير يرجع  
 الى المذكور كقوله تعالى عوان بين ذلك انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل الطعن والجواب قلت  
 المذكور شيئاً أحدهما قوله ومختك هذا الثوب والاخر جلتك على هذه الدابة انتهى (أقول) مدار  
 ما قاله على عدم الفرق بين المفهوم وبين ما صدق هو عليه فان الشيتين هو الثانى دواب الاول ومبنى التأويل  
 ههنا وفى قوله تعالى عوان بين ذلك هو الاول وهو شئ واحد لا محالة فلا غبار فى الجواب لا يقال يجوز  
 أن يكون مراده بيان الواقع لارد الجواب لاننا نقول كون المذكور شيئاً مع كونه غنياً عن البيان جدا  
 بأبى عنه قطعاً ذكره لفظة قلت سبباً بعد ذكر الطعن والجواب كما لا يخفى على ذوى الالباب (قوله ولهذا  
 كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء) قال صاحب العناية فى شرح هذا المقام ولهذا أى

نفسه وقوله لا عن استحقاق أى لا عن استيجاب قبض بحيث لا يهضمه الا آخر بدون رضا احتراز عن الاجارة فان المستأجر يقبض  
 المستأجر لحق له ليس للمالك النقض قبل مضي المدة بدون رضاه فان قيل هو قبض باذنه ومثله لا يوجب الضمان أجاب بقوله والاين  
 ثبت ضرورة الانتفاع والنايب بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال فان هلكت فيها فلا ضمان وان هلكت فى غيرها  
 لم يظهر فيه الاذن لكونه وراء الضرورة ولهذا أى وان يكون الاذن ضرورياً كان واجب لرد يعنى مؤنة الرد واجبة على المستعير كما  
 الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذن لك لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذاً هلك ضمن فكذلك هذا

فهمه لا عن استحقاق أى لا عن استيجاب قبض بحيث لا يهضمه الا آخر بدون رضا احتراز عن الاجارة فان المستأجر يقبض  
 المستأجر لحق له ليس للمالك النقض قبل مضي المدة بدون رضاه فان قيل هو قبض باذنه ومثله لا يوجب الضمان أجاب بقوله والاين  
 ثبت ضرورة الانتفاع والنايب بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال فان هلكت فيها فلا ضمان وان هلكت فى غيرها  
 لم يظهر فيه الاذن لكونه وراء الضرورة ولهذا أى وان يكون الاذن ضرورياً كان واجب لرد يعنى مؤنة الرد واجبة على المستعير كما  
 الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذن لك لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذاً هلك ضمن فكذلك هذا

نفسه وقوله لا عن استحقاق أى لا عن استيجاب قبض بحيث لا يهضمه الا آخر بدون رضا احتراز عن الاجارة فان المستأجر يقبض  
 المستأجر لحق له ليس للمالك النقض قبل مضي المدة بدون رضاه فان قيل هو قبض باذنه ومثله لا يوجب الضمان أجاب بقوله والاين  
 ثبت ضرورة الانتفاع والنايب بالضرورة يتقدر بقدرها والضرورة حالة الاستعمال فان هلكت فيها فلا ضمان وان هلكت فى غيرها  
 لم يظهر فيه الاذن لكونه وراء الضرورة ولهذا أى وان يكون الاذن ضرورياً كان واجب لرد يعنى مؤنة الرد واجبة على المستعير كما  
 الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذن لك لما كان قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق اذاً هلك ضمن فكذلك هذا

(قوله ما لا يحمله مثلاً) أقول الضمير فى قوله يحمله راجع الى ما (قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لا عن استحقاق فيضمن) أقول ونحن  
 نمنع الكرى كما يظهر بالتأمل



ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتبليك المنافع بغير عوض أولا باحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه والاذن وان ثبت لاجل الانتفاع فهو ما قبضه الا للانتفاع فلم يقع تعديا

ولكون الاذن ضروريا كان واجب الرد يعني مؤنة الرد واجبة على المستعير كافي الغصب وصار كالمقبوض على سوم الشراء فانه وان كان باذن لكن لما كان قبض مال غيره لنفسه لاعن استحقاق اذاهلك ضمن فكذا هذا اه كلامه (أقول) حمل الشارح المذكور قول المصنف ولهذا على الاشارة الى كون الاذن ضروريا واقفي اثره الشارح العيني وسكت سائر الشراح عن البيان بالكلية والحق عندي انه اشارة الى قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لاعن استحقاق فالمعنى ولكن قبض مال غيره لنفسه لاعن استحقاق كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء وانما كان هذا هو الحق عندي لوجهين أحدهما ان الظاهر ان قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء عطف على قوله كان واجب الرد فمقتضى كون المعطوف في حكم المعطوف عليه بالنظر الى ما قبله بصر المعنى على تقدير أن يكون لفظ هذا اشارة الى كون الاذن ضروريا ولكن كون الاذن ضروريا صار كالمقبوض على سوم الشراء والظاهر ان الاذن ليس بضروري في المقبوض على سوم الشراء وأما على تقدير أن يكون اشارة الى ما ذكره فيصير المعنى ولكن قبض مال غيره لنفسه لاعن استحقاق صار كالمقبوض على سوم الشراء ولا شك ان الامر كذلك في المقبوض على سوم الشراء وثانيهما ان حديث كون الاذن ضروريا جواب عن سؤال مقدر لا عدة في الاستدلال بخلاف قوله لانه قبض مال غيره لنفسه لاعن استحقاق ولا يخفى ان ما هو العدة في الاستدلال أحق بأن يفرع عليه قوله ولهذا كان واجب الرد وصار كالمقبوض على سوم الشراء ويؤيده ان صاحب الكافي أخر حديث كون الاذن ضروريا عن تفسيره هذين الفرعين (قوله ولنا ان اللفظ لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتبليك المنافع بغير عوض أولا باحتها والقبض لم يقع تعديا لكونه مأذونا فيه) قال صاحب العناية في حل هذا المحل يعني ان الضمان اما أن يجب بالعقد أو بالقبض أو بالاذن وليس شئ من ذلك بموجب له أما العقد فلا ان اللفظ الذي يعتقده العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتبليك المنافع بغير عوض أولا باحتها على اختلاف القولين وما وضع لتبليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه وأما القبض فأنما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه وأما الاذن فأنما يوجب الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشئ ينفي الضمان فكيف يضاف اليه (قوله والاذن) جواب عن قوله والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه يعني أنه لم يتناول العين فانه ورد على المنفعة نصا ولم يتعد الى العين وتقريره القول بالموجب يعني سلما ان الاذن لم يكن الا للضرورة الانتفاع لكن القبض أيضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثم تعد ولا ضمان بدونه

شئ من ذلك بموجب له أما العقد فلا ان اللفظ الذي يعتقده العارية لا ينبئ عن التزام الضمان لانه لتبليك المنافع بغير عوض أولا باحتها على اختلاف القولين وما وضع لتبليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند هلاكه وأما القبض فأنما يوجب الضمان اذا وقع تعديا وليس كذلك لكونه مأذونا فيه وأما الاذن فأنما يوجب الضمان اليه فساد في الوضع لان اذن المالك في قبض الشئ ينفي الضمان فكيف يضاف اليه (قوله والاذن) جواب عن قوله والاذن ثبت ضرورة الانتفاع فلا يظهر فيما وراءه يعني أنه لم يتناول العين فانه ورد على المنفعة نصا ولم يتعد الى العين وتقريره القول بالموجب يعني سلما ان الاذن لم يكن الا للضرورة الانتفاع لكن القبض أيضا لم يكن الا للانتفاع فلم يكن ثم تعد ولا ضمان بدونه

(قوله فلا ان اللفظ الذي يعتقده العارية الخ) أقول فيه بحث (قوله وما وضع لتبليك المنافع لا يتعرض للعين حتى يوجب الضمان عند

(قوله وانما لوجب الردمؤنة) جواب عن قوله ولهذا كان واجب الرد وتقرر به أن وجوب الرد لا يدل على أنه مضمون لانه وجب لمؤنة القبض الحاصل للمستعير كنفقة المستعار فانما على المستعير وليس لنقض القبض ليدل على أن القبض لا عن استحقاق فيوجب الضمان بخلاف الغصب فان الرد فيه واجب كنقض القبض لكونه بلا اذن فاذا لم يوجب الرد وجب الضمان وقوله (والمقبوض على سوم الشراء) جواب عن قوله وصار كالمقبوض على سوم الشراء وتقرر به أنه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان فان قيل سلمنا أن (١٠٥) الاخذ في العقد له حكم العقد ولكن لا عقد

هنا اوجب بأن العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا تقديرا صليقة لاموال الناس عن الضياع اذا المالك لم يرض بضر وج ملكه مجانا ولان المقبوض على سوم الشراء وسيلة اليه فاقبضت مقام الحقيقة نظرا له الآن الاصل في ضمان العقود هو القيمة لكونها مثالا كاملا وانما يشار الى الثمن عند وجود العقد حقيقة واذا لم يوجد صير الى الاصل وقوله (على ما عرف في موضعه) قيل يريد به نسخ طريقة الخلاف وقيل كتاب الاجارات من المبسوط قال (وليس للمستعير أن يواجر ما استعاره الخ) وليس للمستعير أن يواجر المستعار فان أجره فعطبت ضمن لوجهين أحدهما أن الاعارة دون الاجارة والشئ لا يتضمن ما هو فوقه والثاني أن المأخوذ فاما أن يكون لازما أو غير لازم ولا يستل الى شئ من ذلك أما الثاني فلانه خلاف مقتضى الاجارة

وانما وجب الردمؤنة كنفقة المستعار فانما على المستعير لا لنقض القبض والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه قال (وليس للمستعير أن يواجر ما استعاره فان أجره فعطبت ضمن) لان الاعارة دون الاجارة والشئ لا يتضمن ما هو فوقه ولانا لو صحناه لا يصح الا لازما لانه حينئذ يكون بتسليط من المعير وفي وقوعه لازما زيادة ضرر بالمعير لسبب الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فأبطلناه وضمنه حين سلمه لانه اذا لم تتناول العارية كان غصبا وان شاء المعير ضمن المستأجر لانه قبضه بغير اذن المالك لنفسه ثم ان ضمن المستعير لا يرجع على المستأجر لانه ظهر أنه أجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر يرجع على المؤاجر اذا لم يعلم أنه كان عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم

البيان حيث قال والجواب عن قوله والاذن بقبض العين ثبت ضرورة الانتفاع قلنا لما مست الحاجة والضرورة الى اظهار اذن بالقبض في حالة الانتفاع مست الضرورة الى اظهار اذن بالقبض في غير حالة الانتفاع أيضا وهي حالة الامساك لان الانسان انما ينتفع بملك غيره كما ينتفع بملك نفسه ولا ينتفع بملك نفسه أثناء الليل وأطراف النهار وانما ينتفع به ساعة وبمسك أخرى ولو انتفع بالعارية دائما ضمن كما اذا ركبها ليلا ونهارا فيما لا يكون العرف كذلك فثبت ان القبض في غير حالة الانتفاع أيضا ما دون فلا يوجب الضمان الى هنا كلامه وأشير الى هذا الوجه من الجواب في الكافي ومعراج الدراية أيضا فتبصر (قوله والمقبوض على سوم الشراء مضمون بالعقد لان الاخذ في العقد له حكم العقد على ما عرف في موضعه) جواب عن قول الشافعي وصار كالمقبوض على سوم الشراء قال صاحب الغناية وتقرر به أنه ليس بمضمون بالقبض بل بالعقد لان المأخوذ بالعقد له حكم العقد فصار كالمأخوذ بالعقد وهو يوجب الضمان اه كلامه (أقول) لا يخفى على ذي فطنة ان محوره هذا في تقرير الجواب مختل في الظاهر لان الضمير المستتر في فصار راجع الى المأخوذ بالعقد فيصير المعنى فصار المأخوذ بالعقد كالمأخوذ بالعقد فيلزم تشبيه الشئ بنفسه وهو باطل ويمكن توجيهه بعناية وهي أن يحمل الباء في قوله لان المأخوذ بالعقد على الملازمة وفي قوله فصار كالمأخوذ بالعقد على السببية فيصير معنى كلامه لان المأخوذ بعلازمة العقد أي ما كان متعلقا بالعقد بأن كان من مباديه حكم نفس العدة فصار ذلك كالمأخوذ بسبب نفس العدة فيؤول الى ما ذكر في الكافي وبعض الشروح من قولهم ان الضمان في المقبوض على سوم الشراء لا يلزم بالقبض نفسه ولكن بالقبض بجهة الشراء اذا القبض بحقيقة الشراء مضمون بالعقد فكذلك اجتهته اه ثم أقول لاحاجة في حل كلام المصنف ههنا الى ما ذكره صاحب العناية من التصرير الى كيد المشعر بالاختلال كما عرفت بل له محملان صحيحان سالمان عن شائبة الخلل أحدهما أن يكون معنى قوله لان الاخذ في العقد له حكم العقد لان الشروع في العدة بالمباشرة لبعض مقدماته له حكم نفس العقد وغمامه على أن يكون الاخذ من أخذ

(١٤ - تكمله سابع) فانه عقد لازم فانه عقد غير لازم عكس الموضوع وأما الاول فلانه حينئذ يكون بتسليط

المعير ومن مقتضيات عقد العارية فلا يقدر على الاسترداد الى انقضاء مدة الاجارة فيكون عقد الاعارة لازما وهو أيضا خلاف موضوع الشرع وفيه زيادة ضرر بالمعير فأبطلناها واذا كانت باطلة كان بالتسليم غاصبا فيضمن حين سلم والمعير بالخيار ان شاء ضمن المستأجر لانه قبضه لنفسه بغير اذن المالك وان شاء ضمن المستعير لكونه الغاصب ثم ان ضمن المستعير لم يرجع على المستأجر لانه ظهر أنه أجر ملك نفسه وان ضمن المستأجر يرجع على المؤاجر اذا لم يعلم كونه عارية في يده دفعا لضرر الغرور بخلاف ما اذا علم

قال (وله أن يعيره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل) وقال الشافعي ليس له أن يعيره لأنه إباحة  
المنافع على ما ينشأ من قبل والمباح له لا يملك الإباحة وهذا لأن المنافع غير قابلة للملك لكونها معدومة  
وانما جعلناها موجودة في الإجارة للضرورة وقد اندفعت بالإباحة ههنا ونحن نقول هو تعليق المنافع  
على ما ذكرنا فملك الإعارة كالموصى له بالخدمة

فيه بمعنى شرع فيه لا من أخذه وثانيهما أن يكون معناه لأن الأخذ في العقد أي المأخوذ لأجل العقده  
حكم العقد على أن تكون كلمة في قوله في العقد بمعنى اللام كافي قوله تعالى فذلك الذي لم يمتني فيه  
وقوله عليه الصلاة والسلام إن امرأ دخلت الباري هرة حبست على ما صرح به في معنى اليبس فالأخذ  
حينئذ من أخذه بمعنى تناوله ثم قال صاحب العناية أخذ من غاية البيان فإن قيل سلمان الأخذ  
في العقده حكم العقد ولكن لا عقد ههنا أجيب بأن العقد وان كان معدوما حقيقة جعل موجودا  
تقدير أصيانه لاموال الناس عن الضياع إذا المالك لم يرض بخروج ملكه مجانا اه (أقول) لا يذهب  
على ذي فطرة سليمة أن السؤال المذكور لا يتوجه ههنا أصلا إذا لا يقتضي أن يكون للأخذ في العقد  
حكم العقد فحق العقد بل يقتضي عدم تحققه إذا عند تحققه يكون الحكم لنفس العقد لا الأخذ فيه فلا  
معنى لقوله ولكن لا عقد ههنا ثم إن الجواب المزبور منطوريه لأنه وان كان في جعل العقد موجودا  
تقدير أصيانه لمال البائع عن الضياع لكن فيه تضييع لمال المشتري إذ قد يكون هلاك المقبوض على  
سوم الشراء في يد المشتري بلا تعد منه بل بسبب اضطرار وقد أخذه من يده ماله باذن فاذا وجب  
الضمان عليه خرج ماله الذي أدها من ملكه مجانا أي بلا عقد ولا تعد في شيء يلزم النظر لأحد المتأخذين  
في العقد وترك النظر عن الآخر تأمل (قوله وله أن يعيره إذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل)  
قال عامة الشراح كالحمل والاستخدام والسكنى والزراعة وقال في النهاية ومعراج الداراة كذا ذكره  
في النظائر الامام الترمذ (أقول) في أكثر هذه الأمثلة اشكال أما في مثال الحمل فلأنه وان كان  
مطابقا لما ذكره المصنف في آخر هذه المسئلة بقوله فلواستعداد به ولم يسم شيئا له أن يحمل ويعير غيره للعمل  
لأن الحمل لا يتفاوت انتهى إلا أنه يخالف لما سيجي في كتاب الاجارات في باب ما يجوز من الاجارة وما  
لا يجوز من ان الحمل كالكرب واللبس مما يختلف باختلاف المستعمل وحكمه تحكمهما عند الإطلاق  
والتقييد كما ستطلع عليه وقد اضطرر بكلام الفقهاء في عامة المعتربات في شأن الحمل حيث قالوا في كتاب  
العارية أنه مما لا يتفاوت وقالوا في كتاب الاجارات أنه مما يتفاوت ومن ظهرت المخالفة جدا بين كلاميه  
في المقامين صاحب الكافي فإنه قال ههنا سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللبس في  
الثوب والكرب في الدابة أو لا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة وقال في الاجارات ويقع  
التفاوت في الكرب واللبس والحمل فمال بين لا يصير المعقود عليه معلوما فلا يحكم بجواز الاجارة انتهى  
وأما في مثال الزراعة فلأنه سيأتي في كتاب الاجارات في الباب المزبور أنه لا يصح عقد الاجارة في استئجار  
الأراضي للزراعة حتى يسمى ما يزرع فيها لأن ما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كالتنعق المنازعة  
ولا يخفى أن المفهوم منه أن الزراعة مما يختلف باختلاف المستعمل وعن هذا مثل الامام الزبيلي لما  
يختلف باختلاف المستعمل فيما نحن فيه بأمثله وعدمها الزراعة حيث قال كاللبس والكرب  
والزراعة وأما في مثال السكنى فلأن سكنى الحداد والقصار يضر بالبناء دون سكنى غيره ما ولهذا  
لا يدخل سكناهما في استئجار الدور والخوانيت للسكنى كما ذكر في كتاب الاجارات فكان السكنى أيضا مما  
يختلف باختلاف المستعمل ويمكن أن يجاب عن هذا بأن الاضرار بالبناء أثر الحدادة والقصار لا أثر  
السكنى لأن مجرد السكنى لا يؤثر في انهضام البناء فيضاف الانهدام إلى الحدادة والقصار كما بينه

وللستعير أن يعير المستعار  
إذا كان مما لا يختلف  
باختلاف المستعمل كالحمل  
والاستخدام والسكنى  
والزراعة وقال الشافعي  
ليس له أن يعيره لأنها إباحة  
المنافع على ما هو والمباح  
لا يملك الإباحة وهذا أي  
كون الإعارة إباحة لأن  
المنافع غير قابلة للملك  
لكونها معدومة وانما  
جعلت موجودة في الإجارة  
للضرورة وقد اندفعت في  
الإعارة بالإباحة فلا يصار  
إلى التملك وإنما هي تعليق  
المنافع على ما هو فيتضمن  
منه كالموصى له بالخدمة  
جاء أن يعير لملكه المنفعة

(قوله والمنافع اعتبرت قابله) جواب عن قوله والمنافع غير قابله للملك وتقريره لانسليم أنها غير قابله للملك فانها تملك بالعقد كافي الاجارة فيحصل في الاعارة كذلك دفع الحاجة وقد مر لنا الكلام فيه فان قيل لو كانت تملك المنفعة لما تفاوت الحكم في العصة بين ما يختلف باختلاف المستعمل وبين ما لا يختلف كالمالك اجاب بقوله (وانما لا يجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفع المزداد للضرر عن المعبر لانه رضى باستعمال غيره قال العبد الضعيف لا يستعمل غيره وقال هذا) أي ما ذكر من ولاية الاعارة للمستعبر (اذا صدرت الاعارة مطلقة) فوجب أن يبين أقسامها فقال (وهي على أربعة أوجه) وهي قسمة عقلية (أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع والثاني أن تكون مقيدة فيما والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت المطلقة في حق الانتفاع والرابع بالعكس فالمستعبر في الاول أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملا بالاطلاق وفي الثاني ليس له أن يجاوز فيه ما سمى من الوقت والمنفعة

والمنافع اعتبرت قابله للملك في الاجارة فيحصل كذلك في الاعارة دفع الحاجة وانما لا تجوز فيما يختلف باختلاف المستعمل دفع المزداد للضرر عن المعبر لانه رضى باستعمال غيره قال العبد الضعيف وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وهي على أربعة أوجه أحدها أن تكون مطلقة في الوقت والانتفاع والمستعبر فيه أن ينتفع به أي نوع شاء في أي وقت شاء عملا بالاطلاق والثاني أن تكون مقيدة فيما وليس له أن يجاوز فيه ما سمى عملا بالتقييد

صاحب النهاية في كتاب الاجارة فلم يقع الاختلاف باختلاف المستعمل في نفس السكنى بل في أمر خارج عنه والمثال ههنا انما هو نفس السكنى فلا اشكال فيه (قوله والمنافع اعتبرت قابله للملك في الاجارة فيحصل كذلك في الاعارة دفع الحاجة) جواب عن قول الشافعي رحمه الله المنافع غير قابله للملك وتقريره لانسليم أنها غير قابله للملك فانها تملك بالعقد كافي الاجارة فيحصل كذلك دفع الحاجة كذلك في العناية وغيرها (أقول) فيه بحث لان حاصله القياس على الاجارة وقد تدارك الشافعي دفعه حيث قال في ذيل تعليقه وانما جعلنا هاهنا وجوده في الاجارة للضرورة وقد اندفعت بالاباحة يعني ان علة اعتبار المنافع العدومية قابله للملك في الاجارة ضرورة دفع حاجة الناس وهذه العلة منتفية في الاعارة لاندفاع حاجتهم بالاباحة فلم يتم ما ذكره المصنف ههنا جوابا عنه اللهم الا أن يقال الناس كما يحتاجون الى الانتفاع بالشئ لانفسهم كذلك يحتاجون الى نفع غيرهم بذلك الشئ وعند كون الاعارة اباحة لا يقدرون على نفع غيرهم بالعارية فلا تندفع حاجتهم الاخرى فضرورة دفع حاجتهم بالكلية دعت الى اعتبار المنافع قابله للملك في العارية كافي الاجارة قال صاحب العناية بعد تقرير مراد المصنف ههنا وقد مر الكلام فيه (أقول) لم يمر منه كلام مناسب للمقام سوى بحثه الثالث من أمثاله الثلاثة التي أوردها في صدر كتاب العارية ودفعنا كله هناك لكنه ليس بتمش هنا لان حاصله ان قياس المنافع على الاعيان ليس بتمام لأن من شرط القياس كون الفرع نظيرا لاصل والمنافع ليست نظيرا لالعيان ولا شئ أن المقيس عليه فيما نحن فيه كلاهما من قبيل المنافع فكان الفرع نظيرا لاصل قطعاً (قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة) قال عامة الشراح أي ما ذكر من ولاية الاعارة للمستعبر اذا صدرت الاعارة مطلقة (أقول) فيه اشكال لان المذكور في الكتاب أن للمستعبر أن يعبر المستعار فيما اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل فنعناه أن المستعبر ولاية الاعارة فيما اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل وقد تقرر في عامة كتب الفقه حتى المتون ان اختصاص ولاية الاعارة للمستعبر بما اذا كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل انما هو اذا صدرت الاعارة مقيدة بأن ينتفع به المستعبر بنفسه وأما اذا صدرت الاعارة مطلقة فلا مستعبر ولاية الاعارة مطلقاً أي سواء كان المستعار مما لا يختلف باختلاف المستعمل او مما لا يختلف وهذا مما أطبق عليه كلمة الفقهاء الحنفية حتى المصنف نفسه حيث قال في آخر هذه المسئلة قلوا استعارة دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل ويعبر غيره للحمل لان الحمل لا يتفاوت وله أن يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا اه فقول المصنف وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة على تقدير أن يريد بكلمة هذا الإشارة الى ما قاله عامة الشراح كما هو الظاهر انما يتم ما ذكر في الكتاب فيما قبل مقيدا بقوله اذا كان مما لا يختلف باختلاف المستعمل ولما كان ذلك مقيدا به لم يتم قوله المزبور بل كان ينبغي له أن يقول هذا اذا صدرت الاعارة مقيدة على مقتضى ما نصوا عليه فاطمة كما بيناه والعجب من عامة الشراح أنهم فسروا المشار اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام المصنف بما ذكرنا ولم يتعرضوا لما فيه من الاشكال مع ظهوره جدا ثم ان الشارح تاج الشريعة كانه تنبه للجنود الذي ذكرناه فقال في شرح



الاذا كان خلافا الى مثل ذلك ) كمن استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الخنطة فحملها قفيزا من خنطة أخرى (أو الى خير منه) كما اذا  
 حمل مثل ذلك شعيرا استحسننا وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر ألا ترى أن الوكيل  
 بالبيع بألف درهم اذا باع بألف (٨٠) دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان أنه لا فائدة للمالك في تعيين الخنطة اذ مقصوده دفع زيادة

الاضرار عن دابته ومثل  
 كبل الخنطة من الشعير  
 أخف على الدابة والتقيد  
 انما يعتبر اذا كان مفيدا (وفي  
 الثالث والرابع ليس له أن  
 يتعدى ماسما من الوقت  
 والنوع) وعلى هذا (فلا يستعار  
 دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل  
 ويعير غيره للعمل لان الحمل  
 لا يتفاوت وله أن يركب  
 ويركب غيره وان كان  
 الركوب مختلفا لانما أطلق  
 كان له التعيين حتى لو ركب  
 بنفسه تعيين الركوب فليس  
 له أن يركب غيره بالعكس  
 كذلك فلو فعله ضمن لتعين  
 الركوب في الاول والاركاب  
 في الثاني) وهذا الذي ذكره  
 اختيار فخر الاسلام وقال  
 غيره له أن يركب بعد الاركاب  
 ويركب به - هذا الركوب  
 وهو اختيار تمس الأئمة  
 السرخسي رحمه الله وشيخ  
 الاسلام قال (وعارية  
 الدراهم والدنانير والمكيل  
 والموزون والمعدود قرض  
 الخ) اذا استعار الدراهم فقال  
 له أعرتك دراهمي هذه كان  
 بمنزلة أن يقول أقرضتك  
 وكذلك كل مكيل وموزون  
 ومعدود لان الاعارة تقلل  
 المنفعة ولا يمكن الانتفاع  
 بها الا باستهلاكها لانه

الاذا كان خلافا الى مثل ذلك أو الى خير منه والخنطة مثل الخنطة والشعر خير من الخنطة اذا كان  
 كيبلا والثالث أن تكون مقيدة في حق الوقت مطلقة في حق الانتفاع والرابع عكسه وليس له أن  
 يتعدى ماسما فلو استعار دابة ولم يسم شيئا له أن يحمل ويعير غيره للعمل لان الحمل لا يتفاوت وله أن  
 يركب ويركب غيره وان كان الركوب مختلفا لانه انما أطلق فيه فله أن يعين حتى لو ركب بنفسه ليس  
 له أن يركب غيره لانه تعين ركوبه ولو أركب غيره ليس له أن يركبه حتى لو فعله ضمنه لانه تعين الاركاب قال  
 (وعارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون والمعدود قرض) لان الاعارة تقلل المنافع ولا يمكن  
 الانتفاع بها الا باستهلاكها عتبتها فاقضى عليك العين ضرورة وذلك بالهبة أو بالقرض والقرض أدناها  
 فيثبت أولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فأقيم رد المثل مقامه قالوا هذا اذا أطلق الاعارة  
 قول المصنف وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة الاشارة لا تعود الى المسئلة المتقدمة بل الى ان المستعير أن  
 ينتفع بالعارية ما شاء اذا أطلقت العارية اه (أقول) هذا الذي ذكره هذا السارح وجعله  
 ما يعود اليه الاشارة عمالما بذ كفيما قبل قط فكيف يصلح أن يكون مشارا اليه بكلمة هذا الواقعة في كلام  
 المصنف ههنا ولا يشار باسم الاشئرة الا الى المحسوس المشاهد وأولى ما هو بمنزلة المحسوس المشاهد كما  
 تقر في موضعه فكانا نهرب عن ورطة ووقع في ورطة أخرى أشبهت الأولى والانصاف ان المصنف  
 لو ترك قوله وهذا اذا صدرت الاعارة مطلقة وشرع في الكلام الذي يسعه بأن يقول والاعارة على أربعة  
 أوجه كان أخرى ولقد أحسن صاحب الكافي في هذا المقام حيث قال أولا وله أن يعير وذ كر خلاف  
 الشافعي وبين دليل الطرفين ثم قال ثم هذا المسئلة على وجهين اما أن حصلت الاعارة مطلقة في حق  
 المنتفع بأن أعارفو باللس ولم يبين اللبس أو دابة لركوب ولم يبين الركب أو دابة للعمل ولم يبين الحامل  
 وفي هذا الوجه له أن يعير سواء كان المستعار شيئا يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللس في السويب  
 والركوب في الدابة أولا يتفاوتون في الانتفاع به كالحمل على الدابة عملا باطلاق اللفظ وان حصلت  
 الاعارة مفيدة بأن استعار ليليس بنفسه أو ليركب بنفسه أو ليحمل بنفسه فله أن يعير فيما لا يتفاوت  
 الناس في الانتفاع به كالحمل وليس له أن يعير فيما يتفاوت الناس في الانتفاع به كاللس والركوب ثم  
 قال وهذا هو الكلام في اطلاق المستعير وأما الكلام في الانتفاع في المستعار فهو على أربعة أوجه  
 فذكر ما ذكره المصنف من الوجوه الاربعة (قوله الا اذا كان خلافا الى مثل ذلك أو الى خير منه) كمن  
 استعار دابة ليحمل عليها قفيزا من هذه الخنطة فحمل عليها قفيزا من خنطة أخرى أو حمل عليها قفيزا  
 من شعير وفي القياس يضمن لانه مخالف فان عند اختلاف الجنس لا تعتبر المنفعة والضرر ألا ترى  
 أن الوكيل بالبيع بألف درهم اذا باع بألف دينار لم ينفذ بيعه وجه الاستحسان أنه لا فائدة للمالك في  
 تعيين الخنطة اذ مقصوده دفع زيادة الضرر عن دابته ومثل كبل الخنطة من الشعير أخف على الدابة  
 والتقيد انما يعتبر اذا كان مفيدا كذلك في العنابة وغيرها (أقول) لقائل أن يقول ماذا كروا في وجهه  
 الاستحسان منتقض بالوكيل بالبيع بألف درهم اذا باع بألف دينار فانه لم ينفذ بيعه على ما صرحوا  
 به مع ان ما ذكرنا في وجه هذا الاستحسان ههنا جارها ان أيضا بعينه فينبغي أن ينفذ بيعه أيضا  
 فنأمل (قوله أولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين فأقيم رد المثل مقامه) أقول يرى هذا

فكان ذلك عليك العين اقتضاء وتعليك العين اما بالهبة أو القرض والقرض أدناها مال كونه متيقنا به  
 قيل لانه أقل ضرر اعلى المعطى لانه يجب رد المثل وما هو أقل ضررا فهو الثابت يقينا ولان من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين وقد  
 يجر عن رده فأقيم رد المثل مقامه قال المسامح هذا اذا أطلق الاعارة



وأما إذا عين الجهة بأن استعارد اهرام ليعاير بها ميزاناً أو بزين به كذا لم يكن قرضاً ولم يكن له الا المنفعة المسماة فصار كذا الاستعارة نية  
ليتم عملها أو سيفاعلحلي يتقلده يقال طابت المسكائل أو الموازين إذا قام بها والعبارة المعيار الذي يقاس به غيره ويستوي وإذا استعير أرضاً  
للبناء والغرس يجاز وللعبير الرجوع فيها وتكليف قلع البناء والغرس أما الجواز فلان هذه المنفعة معلومة تلك بالاجارة فكذا بالاعارة  
دفعاً للحاجة وأما الرجوع فلما ينابئ به قوله ولا معيار أن يرجع في العارية متى شاء (١٠٩) قوله صلى الله عليه وسلم المنفعة من دودة

والعارية مؤداة وأما التكليف  
فلان الرجوع إذا كان صحيحاً  
بقي المستعير شاغلاً أرض  
المعير فيكلف تقريرها ثم ان  
المعير ما أن وقت العارية  
أو لم يوقت فان لم يوقت فلا  
ضمن عليه لان المستعير  
مغتر غير مغرور ومن جانب  
المعير حيث اعتمد اطلاق  
العقد وظن أنه يتركها في  
يده مدة طويلة من غير أن  
يسبق منه الوعد وان كان  
وقت العارية فيرجع قبل  
الوقت صح لمذكرنا ولكن  
يكره ما فيه من خلف الوعد  
وضمن المعير ما نقص البناء  
والغرس بالقلع لانه مغرور  
من جهته حيث وقت له ان  
التظاهر الوفاء بالعهد والمغرور  
يرجع على القادر فعلا للضرر  
عن نفسه فان قيل الغرور  
الموجب للضمن هو ما كان  
في ضمن عقد المعاوضة كما  
من والاعارة ليست كذلك  
أجيب بأن التوقيت من  
المعير التزام منه لقيمة البناء  
والغرس ان أراد اخراجه  
قبل ذلك الوقت معنى وتقرير  
كلامه ابن في هذه الارض  
بنفسك على ان أثر كها في

وأما إذا عين الجهة بأن استعارد اهرام ليعاير بها ميزاناً أو بزين به كذا لم يكن قرضاً ولم يكن له الا المنفعة  
المسماة ومصار كذا الاستعارة نية يتم عملها أو سيفاعلحلي يتقلده قال (واذا استعار أرضاً لبنني فيها أو  
ليغرس فيها جاز وللعير أن يرجع فيها ويكلفه قلع البناء والغرس) أما الرجوع فلما ينابئ به قوله ولا معيار أن يرجع في العارية متى شاء (١٠٩) قوله صلى الله عليه وسلم المنفعة من دودة  
فلا تنال منفعة معلومة تلك بالاجارة فكذا بالاعارة وإذا صح الرجوع بقي المستعير شاغلاً أرض المعير فيكلف  
تقريرها ثم ان المعير ما أن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغتر غير مغرور حيث اعتمد اطلاق  
العقد من غير أن يسبق منه الوعد وان كان وقت العارية ورجع قبل الوقت صح رجوعه لانه مغرور من جهته حيث  
يكره ما فيه من خلف الوعد (وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع) لانه مغرور من جهته حيث  
وقت له والتظاهر هو الوفاء بالعهد ويرجع عليه دفعاً للضرر عن نفسه  
التعليل خال عن التحصيل لان حقيقة الاعارة منفية في عارية الدراهم والدنانير والمكيل والموزون  
والمعدود وأداة مصدر حوافي مصدر كتاب العارية أن من شرطها كون المستعار قابلاً للانتفاع به مع  
بقاء عينه وان الاشياء المذكورة لا يمكن الانتفاع بها مع بقاء عينها فتعذر حقيقة الاعارة فيها فجلناها  
كتابة عن القرض وكذا حكم الاعارة منتف في عارية الاشياء المذكورة اذ قد صرحوا بأنهم مضمونة  
بالهلاك من غير تعد من القرض فاذ لم تتحقق حقيقة الاعارة ولا حكمها في عارية هذه الاشياء  
فلان آثارها أصلاً لان يكون من قضية الاعارة الانتفاع ورد العين ولا لاقامة رد المثل مقام رد العين ثم  
يفهم من مضمون هذا التعليل مناسبة في الجملة بين العارية والقرض صالحة لان يجعل لفظ الاعارة  
في مستثناه هذه مجازاً أو كتابة عن معنى الاقراض ولكن كلامنا في صلاحية ذلك لان يكون علة  
لاصل المسئلة كما هو الظاهر من أسلوب التصريح فليعلل بالتأمل الصادق (قوله وأما إذا عين الجهة بأن  
استعارد اهرام ليعاير بها ميزاناً أو بزين به كذا لم يكن قرضاً ولم يكن له الا المنفعة المسماة) أقول لتأمل  
أن يقول المفهوم من هذا الكلام امكان الانتفاع بعين الدراهم ونحوها واعتبار ذلك شرعاً أيضاً فكيف  
يتم ما ذكر سابقاً من انه لا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها ويمكن أن يجاب بأن المذكور سابقاً بناء  
على الاكثر الاغلب ظاهراً انه لا يمكن الانتفاع بنحو الدراهم في الاعم الاغلب الاستهلاك عينها فيدار  
الحكم عنده لاطلاق على ما هو الاغلب ولما عند تعيين الجهة فيظهر أن المقصود تعليق المنفعة مع بقاء  
العين على ملكه فيعمل على ذلك فان قلت عبارة المصنف لاتساعد التوجيه الذي ذكرته فان الحصر  
المستفاد من قوله ولا يمكن الانتفاع بها الا باستهلاك عينها يقتضي انتفاع امكان الانتفاع بها بالكلية  
بدون استهلاك عينها قلت يمكن حمل الحصر المذكور على الحصر الادعائي بناء على عدم الاعتداد  
بالاقل فلا يقتضي انتفاء ذلك بالكلية (قوله وضمن المعير ما نقص البناء والغرس بالقلع) قال صاحب  
العبارة أي نقصان البناء والغرس على ان ما مصدرية ويجوز أن تكون موصولة بمعنى الذي فعلى هذا  
يكون البناء والغرس منصوبين وعلى الاول يكونان مرفوعين اه كلامه وتبعه الشارح العيني (أقول)

يدل الى مدة كذا فان لم أثر كها فأنما ضمن لك بقريته حاله وذلك لان كلام العاقل محمول على الفائدة ما أمكن وحيث كانت الاعارة  
بدون التوقيت صحيحة شرعاً لا بد من فائدة لذكر الوقت وذلك ما قلنا ووجه قوله ما نقص البناء والغرس ان ينظر كم تكون فيه البناء  
والغرس اذ انبى الى المدة المضروبة فيضم من مائة من قيمته يعني اذا كانت قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنانير مثلاً

(قوله وان كان وقت العارية) أقول معطوف على قوله فان لم يوقت فلا ضمان (قوله هو ما كان في ضمن عقد المعاوضة كما مر) أقول في  
باب المضارب يضارب

واذا قلع في الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما كذا ذكره القدوري رحمه الله يريد به ضمان مانقصة وذكر الخاكم الشهيد أن المعبر  
 يضمن للمستعير قيمة غرسه وبنائه فيكون أن له الآن يشاء المستعير أن يرفعهما ولا يضمنه قيمته ما فله ذلك لأنه ملكه قالوا يعني المشايخ إذا كان  
 بالارض ضرر بالقلع فالتحيار الى رب الارض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترحيج بالاصل قيل معنى كلامه هذا ان ما قال  
 القدوري ان المعبر يضمن نقصان البناء (١١٠) والغرس محمول على ما اذا لم يلحق الارض بالقلع ضرراً ما اذا لحق فالتحيار في الابقاء بالقيمة

مقاولاً وتكليف القلع  
 وضمن النقصان الى صاحب  
 الارض وهو ظاهر ويجوز  
 أن يتعلق بقول الخاكم  
 الشهيد ومعناه أن المستعير  
 اعيا يتمكن من القلع وترك  
 الضمان اذا لم تتضرر الارض  
 بالقلع وما اذا تضررت  
 فالتحيار الى رب الارض وهو  
 الاظهر ولو استعارها  
 ليزرعها لم تؤخذ منه حتى  
 يحصد الزرع بل ترك في  
 يده بطريق الاجارة بأجر  
 المثل وقت أول بوقت لان  
 الزرع له نهاية معلومة  
 وفي الترك مراعاة الحقيقين  
 فانما كان الترك بأجر لم  
 تفت منفعة أرضه مجاناً ولا  
 ذرع الاخر

(قوله واذا قلع في الحال  
 تكون قيمة النقص دينارين  
 يرجع بهما كذا ذكره  
 القدوري) أقول فيه كلام  
 وهو ان القلع مانقص  
 دينارين بل نقص ثمانية  
 دنائير فينبغي أن يرجع بها  
 كما لا يخفى هذا اشكال  
 الفاضل المحشي الشهير  
 يعسقبوب باشا فأقول  
 الظاهر ان قوله قيمة النقص

كذا ذكره القدوري في المختصر وذكر الخاكم الشهيد أنه يضمن رب الارض للمستعير قيمة غرسه وبنائه  
 ويكون أن له الآن يشاء المستعير أن يرفعها ولا يضمنه قيمته ما فله ذلك لأنه ملكه قالوا اذا كان في  
 القلع ضرر بالارض فالتحيار الى رب الارض لأنه صاحب أصل والمستعير صاحب تبع والترحيج بالاصل  
 ولو استعارها ليزرعها لم تؤخذ منه حتى يحصد الزرع وقت أول بوقت لان له نهاية معلومة وفي الترك  
 مراعاة الحقيقين

لا يظهر وجه صحة لكون البناء والغرس منصوبين ههنا لان الذي نقص البناء والغرس انما هو القلع  
 فيصير المعنى على تقدير نصب البناء والغرس وضمن المعبر قلع البناء والغرس وليس هذا بصحيح لان القلع  
 ليس من جنس ما يضمن بل هو سبب الضمان وانما المضمون قيمة البناء المنتقضة بالقلع ويمنع أيضاً  
 صحة المعنى على ذلك التفسير قوله بالقلع اذ يصير المعنى حينئذ وضمن المعبر القلع بالقلع ولا يخفى ما فيه  
 فالوجه عندى ههنا رفع البناء والغرس لا غير أما على تقدير كون مامصدرية فواضح وأما على تقدير  
 كونها موصولة فمتقدراً الضمير الراجع اليها على أن يكون تقدراً بالكلام وضمن المعبر ما نقص البناء  
 والغرس فيه بالقلع وهو القيمة فيكون كلمة نقص ههنا من نقص في دينه وعقله كذا ذكر في الاموس وقال  
 صاحب العناية ووجه قوله مانقص البناء والغرس أن ينتظر كم يكون قيمة البناء والغرس اذا بقي الى المدة  
 المضروبة فيضمن مانقص من قيمته يعني اذا كان قيمة البناء الى المدة المضروبة عشرة دنائير مثلاً واذا قلع  
 في الحال تكون قيمة النقص دينارين يرجع بهما انتهى كلامه وقد كان صاحب الكفاية وتاج الشريعة  
 ذكر معنى هذا المقام ومثاله على المنوال الذي ذكره صاحب العناية غير أنهم قالوا لا بد قوله يرجع بهما  
 فيرجع بثمانية دنائير فكان بعض العلماء أخذ مما قاله حصه فأورد على ما ذكره صاحب العناية  
 حيث قال فيه كلام وهو أن القلع مانقص دينارين بل نقص ثمانية دنائير فينبغي أن يرجع بها كما  
 لا يخفى انتهى (أقول) لعل صاحب العناية أراد بقيمة النقص في قوله تكون قيمة النقص دينارين  
 نقصان القيمة على طريقة القلب ولا يخفى أنه اذا كان نقصان القيمة بالقلع دينارين كان التفاوت بين  
 القيمتين بدنانيرين فيرجع بهما قطعاً وأما صاحب الكفاية وتاج الشريعة فكانهما أراد بقيمة النقص  
 معنى قيمة الناقص واذا كان قيمة الناقص بالقلع دينارين يكون التفاوت بين القيمتين بثمانية دنائير  
 فيرجع بثمانية دنائير وبهذا ظهر توجيه كلام كل من طائفتي هؤلاء الشراح وان دفع ما أورده ذلك البعض  
 من العلماء على ما ذكره صاحب العناية كما لا يخفى وأجاب بعض الفضلاء عن ذلك بوجه آخر حيث قال  
 فأقول الظاهر أن قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة اى القيمة المنقوصة فلا اشكال انتهى  
 كلامه (أقول) ليس هذا بسديد اذ لا يجوز اضافة الموصوف الى الصفة ولا اضافة الصفة الى الموصوف  
 على المذهب المنصور المختار حتى تقرر في عامة متون النحو وشاع أن الموصوف لا يضاف الى صفته ولا  
 الصفة الى موصوفةها وانما جاز ذلك مذهب حنفية كوفي لا ينبغي أن يصار اليه في توجيه كلام الثقات

من اضافة الموصوف الى الصفة اى القيمة المنقوصة فلا اشكال (قوله ويجوز ان يتعلق بقول  
 الخاكم الشهيد الى قوله وهو الاظهر) أقول المفهوم من كلام الزيلعي أن يتعلق بقول القدوري ويكلفه قيمة قلع البناء والغرس  
 فراجعه قال للصف (لان له نهاية معلومة) أقول قال ابن القرمقضي هذا التعليل أن لا يجوز الرجوع قبل الوقت في الموقفة  
 لان لها نهاية معلومة ولان الوقت منصوص عليه ههنا وفي الاطارة لزوع الوقت ثابت دلالة والنص أقوى من الدلالة انتهى والجواب  
 أن الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت أو لا اذ ليس لهما نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقيقين بخلاف الزرع فليتم

بخلاف الغرس لانه ليس له ثمينة معلومة فيقطع دفع الضرر عن المالك قال (وأجرة رد العارية على المستعير) لان الرد واجب عليه لما أنه قبضه لمنفعة نفسه والأجرة مؤنة الرد فتكون عليه (وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر) لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سائلة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده (وأجرة رد العين المغصوبة على الغاصب) لان الواجب عليه الرد والاعادة الى يد المالك دفع الضرر عنه فتكون مؤنته عليه قال (واذا استعار دابة فردها الى اصطلح مالكها فهلكت لم يضمن) وهذا استحسان

على أن النقص فيما نحن فيه لا يصلح أن يكون صفة للقيمة الابدان يجعل مجازا عن المفعول فيكون بمعنى النقصومة وهذا تعسف بعد تعسف ولعمري ان من عادة ذلك القاضل أن يتثبت بذلك المذهب الضعيف مع تكلف آخر في توجيه بعض المقامات وقد مر منه ذلك غير مرة ومع ذلك يزعمه معنى لطيفا ظاهرا كما يلوح به قوله ههنا فأقول الظاهر أن قوله قيمة النقص من اضافة الموصوف الى الصفة وما كان ينبغي له ذلك (قوله بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقطع دفع الضرر عن المالك) أقول لقائل أن يقول اذا كان وقت في الغرس كان له نهاية معلومة بالتوقيت فينبغي أن لا تؤخذ الارض منه ههنا ايضا الى تمام ذلك الوقت مراعاة للحقين والجواب أن المراد أن الغرس ليس له في نفسه نهاية معلومة وبالتوقيت لا يتقرر له نهاية لجواز أن لا يقلعه المستعير في تمام ذلك الوقت اما بعد منه نسيان نفسه أو بما منع عنه فيلزم أن يتضرر المالك بخلاف الزرع فان له في نفسه نهاية معلومة لا يتأخر عنه بالضرورة فاقترقا وأما ما قاله بعض الفضلاء من أن الضرر لصاحب البناء والغرس متعين سواء وقت أو لا اذ ليس له من نهاية معلومة فلا يمكن مراعاة الحقين بخلاف الزرع فليس بتمام لان تعين الضرر لصاحب البناء والغرس ممنوع اذ يجوز أن يسكن صاحب البناء في البناء شتاء ثم ينقض البناء اذا جاء الصيف وان يغرس صاحب الغرس الشجر ثم يقلعه بعد مدة ليبيعه كما هو العادة فاذا وقت المعير العارية بالمدة المعتادة في نقض مثل ذلك البناء وقطع مثل ذلك الشجر ولم تؤخذ الارض من يد المستعير الى تمام تلك المدة لم يتضرر صاحب البناء والغرس أصلا وما يؤيد هذا ما ذكره صاحب الكفاية وتاج الشريعة عند شرح قول المصنف ثم اذا لم يكن وقت العارية فلا ضمان عليه لان المستعير مغفر غير مغرور حيث قال فان قيل هو مغرور ولانه ان لم يوقت صريح الكن وقت دلالة لان البناء والغرس للدوام فكانت الاعادة له توقينا قلنا البناء قد ينفي لمدة قليلة بأن يسكن شتاء ثم ينقض اذا جاء الصيف والشجرة قد يغرس ثم يقطع بعد زمان ليباع كما هو العادة انتهى كلامهما تأمل ترشد (قوله لان الواجب على المستأجر التمكين والتخلية دون الرد فان منفعة قبضه سائلة للمؤجر معنى فلا يكون عليه مؤنة رده) قال صاحب النهاية فان قيل كما أن المنفعة سائلة للمؤجر فكذلك هي سائلة للمستأجر ايضا وهي الانتفاع بمنافع العين المستأجرة قلنا ان المنفعة الحاصلة للمؤجر مال حقيقة وحكما ما حصل للمستأجر من منفعة وليس بمال من كل وجه فكان اعتبار منفعة المؤجر أولى الى هذا أشار الامام المحبوبي وغيره في باب مسائل متفرقة من اجارات الجامع الصغير حيث قالوا وفي المستأجر المنفعة عائدة الى الآخر لانه يتوصل به الى ملك الآخر أكثر ما فيه أن لكل واحد منهم ما فيه منفعة لكن منفعة الآخر أقوى لانه مالك العين وملك المستأجر في المنفعة والمنفعة تابعة للعين انتهى وقد أخذ منه صاحب العناية حيث قال ولا يعارض بأن المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة لان منفعة الآخر عين ومنفعة المستأجر منفعة والعين

بخلاف الغرس لانه ليس له نهاية معلومة فيقطع دفع الضرر عن المالك قال (وأجرة رد العارية على المستعير الخ) أجرة رد العارية على المستعير وأجرة رد العين المستأجرة على المؤجر وذلك لأن الأجرة مؤنة الرد فوجب عليه الرد ووجب أجره والرد في العارية واجب على المستعير لانه قبضه لمنفعة نفسه والغرم بازاء الغرم وفي الاجارة ليس الرد واجبا على المستأجر وانما الواجب عليه التمكين والتخلية لان منفعة قبضه سائلة للمؤجر معنى فيكون عليه مؤنة رد لما ذكرنا ولا يعارض بأن المستأجر قد انتفع بمنافع العين المستأجرة لان منفعة الآخر عين ومنفعة المستأجر منفعة والعين لكونه متبوعا أولى من المنفعة وعلى هذا كان أجرة رد المغصوب على الغاصب لان الواجب عليه الرد دفع الضرر عن المالك فتكون المؤنة عليه ومن استعار دابة وردّها الى اصطلح مالكها فهلكت لم يضمن

(قوله والغرم بازاء الغرم) أقول تأمل فيه (قوله فيكون عليه مؤنة رد لما ذكرنا) أقول من أن الغرم بالغرم

وفي القياس هو ضمان لانه تضيق لارد وطار كذا المعصوب أو الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسح فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها اياه وجه الاستحسان ان في العارية عرقا ليس في غيرها وهو ان رد العواري الى دار المالك معتد كالة البيت فانه لو ردها الى المالك لردّها المالك الى المربط وعلى هذا اذا استعار (١١٣) عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن ولو استعار عتقا لولم

ورده الا الى المعبر للعرف في الاول وعنده في الثاني ومن استعار دابة فردها مع من في عياله كعبده وأجيره مسانحة أو مشاهرة فهو صحيح لانها أمانة وله حفظها على يدهم كافي الوديعة وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة أو أجيره لوجود الرضا به من المالك الا ترى انه لو ردها اليه فهو يردّها الى عبده واختلوا في سراط كون هذا العبد يقوم على الدواب فقيل وقيل هو وغيره سواء سواء الاصح لوجود الدفع في الجملة وان ردها مع نبي ضمن ودلت هذه سئلة على أن المستعير لك الابداع قصدا كما بعض المشايخ وهو ربحي ومن قال بأنه يملك اع وهو مشايخ العراق هذه المسئلة بانتهاء لانه لا نقضه مسدتها اذ ذلك مودع وليس يودع غيره فاذا به وفارقته ضمن اتي كما تقدم وباقى مظاهرها لاحتاج الى

وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مال كهابل ضيعها وجه الاستحسان أنه أتي بالتسليم المتعارف لان رد العواري الى دار المالك معتد كالة البيت ولوردها الى المالك فالمالك يردّها الى المربط (وان استعار عبدا فرده الى دار المالك ولم يسلمه اليه لم يضمن) لما بينا (ولو رد المعصوب أو الوديعة الى دار المالك ولم يسلمه اليه ضمن) لان الواجب على الغاصب فسح فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره والوديعة لا يرضى المالك بدها الى الدار ولا الى يد من في العيال لانه لو ارتضى اياه أو دعها اياه بخلاف العواري لان فيها عرفا حتى لو كانت العارية عقد سحر لم يردّها الا الى المعبر لعدم ما ذكرناه من الفرق فيه فان (ومن استعار دابة فردها مع عبده أو أجيره لم يضمن) والمراد بالاجير أن يكون مسانحة أو مشاهرة لانها أمانة وله أن يحفظها بيسد من في عياله كافي الوديعة بخلاف الاجير مياومة لانه ليس في عياله (وكذا اذا ردها مع عبد رب الدابة أو أجيره) لان المالك يرضى به الا ترى انه لو رده اليه فهو يردّه الى عبده وقيل هذا في العبيد الذي يقوم على الدواب وقيل غيره وفي غيره وهو الاصح لانه ان كان لا يدفع اليه دائما يدفع اليه أحيانا (وان ردها مع أجنبي ضمن) ودلت المسئلة على أن المستعير لا يملك الابداع قصدا كما قاله بعض المشايخ وقال بعضهم بملكه لانه دون الاعارة وأولو هذه المسئلة بانتهاء الاعارة لا نقضه المدة قال (ومن أعار أرضا بيضاء للزراعة يكتب انك أطمعني عند أبي حبيفة رجه الله وقال لا يكتب انك أعرتني) لان لفظة الاعارة موضوعة في الكتابة بالموضوع له أولى كافي اعارة الدار وله أن لفظة الاطعام أدل على المراد لانها تخص الزراعة والاعارة تنظمها وغيرها كلبنا ونحوه فكانت الكتابة بها أولى بخلاف الدار لانها لاتعار الا للسكنى والله أعلم بالصواب

لكونه متبوعا أولى من المنفعة انتهى (أقول) في الجواب نظر اذا تظاهر أن مرادهم بالمنفعة في قولهم ان منفعة الاجرة عين هو الاجرة كما صرح به في الكافي والاجرة لا يلزم أن تكون عينا البتة اذ قد صرحوا في كتاب الاجارات بأن الاجرة قد تكون عينا وقد تكون دينارا وقد تكون منفعة من خلاف جنس المعقود عليه فلم يصح القول بأن منفعة الاجرة عين على الكيفية فلم يتم الجواب (قوله وفي القياس يضمن لانه ما ردها الى مال كهابل ضيعها) قال صاحب العناية في تحرير المقام وفي القياس هو ضمان لانه تضيق لارد وطار كذا المعصوب أو الوديعة الى دار المالك من غير تسليم اليه لان الواجب على الغاصب فسح فعله وذلك بالرد الى المالك دون غيره وعلى المودع الرد الى المالك لا الى داره ومن في عياله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها اياه اه كلامه (أقول) هذا تحريير مختل فان قوله لان الواجب على الغاصب الخ كلامه المزبور يشعر بالفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا ينبغي أن يذكر في بيان وجه القياس كما لا يخفى ولهذا لم يذكره أحد سواء ههنا بل انما ذكره في محله فيما سياتي كما ترى

في القياس هو ضمان لانه تضيق لارد الى قوله لانه لو ارتضى بالرد الى عياله لما أودعها اياه (أقول) كتاب بحث فان هذين التعليين يتضمنان التنبيه على الفرق بين المقيس والمقيس عليه فلا يناسب ذكرهما هنا (قوله فكان اذ ذلك اقول بل يكون اذ ذلك متعديا حتى اذا هلك في يده ضمن فكذا اذا ترقى كها في يد الاجنبي ذكره الزيلعي فراجع نعم كونه كالمودع له المدة قول لبعض الاصحاب لكن الرجمان للتضمن وهو قول السرخسي واختيار قاضيان رجه الله

## ﴿ كتاب الهبة ﴾

قد ذكرنا وجه المناسبة في الوديعة ومن محاسنها جلب الهبة وهي في اللغة عبارة عن إيصال الشيء إلى الغير بما يضعه قال الله تعالى فهب لي من ذلك وليا وفي الشريعة تعليق المال بلا عوض (وهو عقد مشروط) (١١٣) لقوله صلى الله عليه وسلم تهادوا وتحابوا

وعلى هذا انعقد الإجماع وتصح بالاييجاب والقبول والقبض) وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين أما من جهة الواهب فلان الإيجاب كافٍ ولهذا لو حلف على أنه يهب عبده لفلان فهو هب ولم يقبل به في عينه بخلاف البيع وأما من جهة الموهوب له فلان الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع (وقال مالك يثبت الملك فيما قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة

## ﴿ كتاب الهبة ﴾

الهبة عقد مشروط لقوله عليه الصلاة والسلام تهادوا وتحابوا وعلى ذلك انعقد الإجماع (وتصح بالاييجاب والقبول والقبض) أما الإيجاب والقبول فلأنه عقد والقعد انعقد بالاييجاب والقبول والقبض لا بد منه لثبوت الملك وقال مالك يثبت الملك فيه قبل القبض اعتبارا بالبيع وعلى هذا الخلاف الصدقة

## ﴿ كتاب الهبة ﴾

ذكرنا وجه المناسبة والترتيب في الوديعة وهو الترتيب من الأدنى إلى الأعلى ولان العارية كالمفرد والهبة كالمركب لان فيها تعليق العين مع المنفعة ثم محاسن الهبة لا تخصي ولا تختفي على ذوي النهي فقد وصف الله تعالى ذاته بالوهاب فقال أنك أنت العزيز الوهاب وهذا يعني لمحاسنها ثم ان الهبة في اللغة أصلها من الوهب والوهاب يتسكين الهاء وتجر بكها وكذلك في كل معتل الفاء كالوعد والعدة والوعظ والعظة فكانت من المصادر التي تحذف أوائلها ويعوض في أواخرها الناء ومعناها إيصال الشيء إلى الغير بما ينفعه سواء كان مالا أو غير مال يقال وهب له مالا وهب له هبة ويقال وهب الله فلانا ولدا صالحا ومنه قوله تعالى فهب لي من ذلك وليا يرثني ويقال وهبه مالا ولا يقال وهب منه ويسمى الموهوب هبة وموهبة والجمع هبات ومواهب واتمه منه قبله واستوهبه طلب الهبة كذا في معراج الدراية وغيره وأما في الشريعة فهي تعليق المال بلا عوض كذا في عامة الشروح بل المتون (أقول) يراد عليه النقض عكسا للهبة بشرط العوض كما ترى ولم أر أحدا من شراح الكتاب حام حول التعرض للجواب عن هذا النقض ولا لا يراد مع ظهور وروده جدا غير ان صاحب الدرر والغرر قصد إلى الجواب عنه حيث قال في مثله هي تعليق عين بلا عوض وقال في شرحه أي بلا شرط عوض لان عدم العوض شرط فيه لينقض بالهبة بشرط العوض فتدبر اه كلامه (أقول) فيه نظر ان لو كان المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة معنى بلا شرط عوض ليم ما كان بشرط العوض من الهبة بناء على ما تقر في العاوم العقلية من ان بلا شرط شيء أعم من بشرط شيء ومن بشرط لشيء لكان تعريف الهبة صادقا على البيع أيضا كما لا يخفى فلزم أن ينتقض به طردا على عكس ما في المعنى الظاهر فلا يندفع المحذور بذلك بل يستد ثم أقول يمكن الجواب عن أصل النقض بأنه يجوز أن يكون المراد بقولهم بلا عوض في تعريف الهبة بلا اكتساب عوض فالمعنى ان الهبة هي تعليق المال بشرط عدم اكتساب العوض فلا ينتقض بالهبة بشرط العوض فانها وان كانت بشرط العوض إلا أنها ليست بشرط الا اكتساب ألا ترى انهم فسروا البيع بمبادلة المال بالمال بطريق الاكتساب وقالوا خرج بقولنا بطريق الاكتساب الهبة بشرط العوض ثم أقول بقي في التعريف المزبور شيء وهو أنه يصدق على الوصية بالمال فانها أيضا تعليق المال بلا اكتساب عوض فلم يكن مانعا عن دخول الاغيار فلوزادوا قيد في الحال فقالوا هي تعليق المال بلا عوض في الحال لخرج ذلك فان الوصية تعليق بعد الموت لا في الحال (قوله وتصح بالاييجاب والقبول الخ) قال صاحب النهاية أي تصح بالاييجاب وحده في حق الواهب

## ﴿ كتاب الهبة ﴾

(قوله قال الله تعالى فهب لي من ذلك وليا) أقول وظاهر أن الولي ليس بمال ولا ملك قال المصنف (وتصح بالاييجاب والقبول) أقول قال العلامة الكاكي قوله وتصح بالاييجاب كقوله وهبت وشخصه كما يحق أي تصح في حق الواهب عجمردا لاييجاب وفي حق الموهوب له بالقبول والقبض لان الهبة عقد تبرع فيتم بالتبرع

(١٥ - سابع)

فصار هو عندنا منزلة الاقرار والوصية ولكن الموهوب له لا يملكه الا بالقبول والقبض ونحو ذلك فمن حلف لايهب فوهب ولم يقبل الموهوب له يحث أو حلف على أن يهب فلانا فوهبه ولم يقبل بر في عينه عندنا انتهى ولا يذهب عليك عدم مطابقة الشرح للشروح



ولنا قوله عليه الصلاة والسلام لا تجوز الهبة الا مقبوضة والمراد نفي الملك لان الجواز بدونه ثابت

وبالاجاب والقبول في حق الموهوب له لان الهبة عقد تبرع فتم بالتبرع فصار هو عندنا بمنزلة الاقرار  
والوصية ولكن لا يملك الموهوب له الا بالقبول والقبض وغرة ذلك تظهر فيما ذكرنا في مسائل متفرقة  
من كتاب الايمان في قوله ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل فقد برى عينه بخلاف  
البيع اه كلامه واقتنى أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المحال ونسج صاحب غاية  
البيان معنى المقام على هذا المتوال أيضا وعزا الى الحصر والمختلف وبني صاحب العناية أيضا كلامه  
ههنا على اختيار هذا المعنى حيث قال في شرح هذا المقام وهذا بخلاف البيع من جهة العاقدين أما  
من جهة الواهب فلا نال الاجاب كاف ولهذا وحلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برى عينه  
بخلاف البيع وأما من جهة الموهوب له فلا نال الملك لا يثبت بالقبول بدون القبض بخلاف البيع  
اه والشارح العيني أيضا اقتنى أثره ولا هو بالجملة أكثر الشراح ههنا على ان الهبة تتم بالاجاب وحده  
(أقول) هذا الذي ذكره وان كان مطابقا جدا لما ذكره المصنف في مسائل متفرقة من كتاب الايمان  
فانه قال هناك ومن حلف أن يهب عبده لفلان فوهب ولم يقبل برى عينه خلافا لفرقانه يعتبره بالبيع  
لانه عمليكم مثله ولنا انه عقد تبرع فتم بالتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل اه الا انه غير مطابق لما ذكره  
في هذا المقام لان قوله أما الاجاب والقبول فلا نال عقد والعقد ينقد بالاجاب والقبول بمنزلة الصريح  
في ان عقد الهبة لا يتم الا بالاجاب والقبول كسائر العقود ويشهد به هذا أيضا قوله والقبض لا بد منه  
لثبوت الملك اذ لو كان مراده ان الهبة عقد تبرع فتم بالتبرع ولكن لا يملك الموهوب له الا بالقبول  
والقبض لقال والقبول والقبض لثبوت الملك وهذا كله مما لا سترية عنده من له ذوق صحيح ثم ان صاحب  
النهاية ومعراج الدراية قد كاتا صرحا قبيل هذا الكلام بأن ركن الهبة هو الاجاب والقبول ولا يحنى ان  
ذلك التصريح منه - ما ينافي القول منسما ههنا بأن الهبة تتم بالاجاب وحده اذ لا شئ أن الشئ لا يتم  
ببعض أركانه بدون حصول الآخر ضرورة انتفاء الكل بانتفاء جزء واحد منه واعلم ان صاحب الكافي  
وصاحب الكفاية سلكا ههنا مسلكا آخر فقالا وركنها الاجاب والقبول لانهم اعتقدوا قيام العقد  
بالاجاب والقبول لان ملك الانسان لا ينتقل الى الغير بدون عليه والزام الملك على الغير لا يكون بدون  
قبوله وانما يحنى لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل لانه انما يمنع نفسه عما هو مقدوره وهو الاجاب  
لا القبول لانه فعل الغير اه كلامهما (أقول) هذا التقرير وان كان مناسبا لما ذكره المصنف ههنا الا أنه غير  
ملائم لما ذكره في مسائل متفرقة من كتاب الايمان كما قلنا اننا وايضا رد عليه أن التعليل المذكور  
للحنى فيما لو حلف أن لا يهب فوهب ولم يقبل يقتضى أن يحنى أيضا فيما لو حلف أن لا يبيع فباع ولم  
يقبل لان المقدور له في كل عقد هو الاجاب لا القبول مع أنه لا يحنى في صورة البيع كما صرحوا به  
والحاصل ان كلمات القوم في هذا المقام لا تخلو عن الاضطراب وعن هذا قال صاحب غاية البيان وأما  
ركننا فقد اختلف المشايخ فيه قال شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه هو مجرد اجاب الواهب وهو  
قوله وهبت ولم يجعل قبول الموهوب له ركنا لان العقد ينقد بمجرد اجاب الواهب ولهذا قال علماؤنا  
اذا حلف لا يهب فوهب ولم يقبل يحنى في عينه عندنا وقال صاحب التحفة ركنها الاجاب والقبول  
ووجهه ان الهبة عقد والعقد هو الاجاب والقبول الى هنا كلامه وقال صاحب البدائع أما ركن  
الهبة فهو الاجاب من الواهب فأما القبول من الموهوب له فليس بركن استحسانا والقياس أن يكون  
ركنا وهو قول زفر وفي قول قال القبض أيضا ركن وفائدة هذا الاختلاف تظهر فيمن حلف لا يهب هذا  
الشئ لفلان فوهبه له فلم يقبل انه يحنى استحسانا وعند زفر لا يحنى مالم يقبل وفي قول مالم يقبل

ولنا قوله صلى الله عليه  
وسلم لا تجوز الهبة  
الا مقبوضة أي لا يثبت  
حكم الهبة وهو الملك اذ  
الجواز ثابت قبل القبض  
بالاتفاق

(ولانه عقد تبرع) وعقد التبرع لم يلزم به شيء لم يتبرع به (وفي اثبات الملك قبل القبض ذلك اذ فيه التزام التسليم) ورد بان المتبرع بالشئ قد يلزمه ما لم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تحصيله كمن نذر ان يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الاتمام وأجيب بأنه مغالطة فان ما لا يتم الشئ الابه فهو واجب اذا كان ذلك الشئ واجبا كما ذكرنا من الصور فانه يجب بالنذر أو بالشروع وما لا يتم الواجب الابه فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاه فانه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به (بخلاف الوصية) فان الملك يثبت بها بدون القبض لانه لا التزام ثم زيادة على ما تبرع وذلك (لان أو ان ثبوت الملك فيها بعد الموت وحيد لا يتصور الالتزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم) وهذا موافق (رواية الايضاح وقال في المبسوط ولان هذا عقد تبرع فلا يثبت الملك فيه بمجرد القبول كالوصية ألحق الهبة بالوصية ووجه ذلك ان عقد الهبة (١١٥) لما كان تبرعا كان ضعيفا في نفسه غير لازم

والملك الثابت للهواه كان قويا فلا يزول بالسبب الضعيف حتى ينضم اليه ما يتأيد به وهو في الهبة التسليم وفي الوصية موت الموصي لتكون الموت ينافي المالكية فصح الالحاق (قوله وحق الوارث متأخر) جواب عما يقال الوارث يخلف الموصي في ملكه فوجب أن يتوقف ملك الموصي له على تسليم الوارث اليه وتقرر به أن حق الوارث متأخر عن الوصية فلم يكن خليفة له فيها ليقام مقام الميت فلا معتبر بتسليمه لانه لم يملكها ولا قام مقام المالك فيها (فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير اذن الواهب جازا استحقاقا وان قبض بعد الاقتراق لم يجوز الا أن يأذن له الواهب في القبض والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي لأن القبض

ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح بخلاف الوصية لان أو ان ثبوت الملك فيها بعد الموت ولا التزام على المتبرع لعدم أهلية اللزوم وحق الوارث متأخر عن الوصية فلم يملكها قال (فان قبضها الموهوب له في المجلس بغير أمر الواهب جاز) استحقاقا وان قبض بعد الاقتراق لم يجوز الا أن يأذن له الواهب في القبض) والقياس أن لا يجوز في الوجهين وهو قول الشافعي لان القبض تصرف في ملك الواهب اذ ملكه قبل القبض باق فلا يصح بدون اذنه ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك

ويقبض وأجمعوا على أنه اذا حلف لا يبيع هذا الشئ فلان مباعه فلم يقبل أنه لا يبحث الى هنا كلامه (قوله ولانه عقد تبرع وفي اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم فلا يصح) يعني لو ثبت الملك بمجرد العقد تنوجه المطالبة عليه بالتسليم فيؤدي الى ايجاب التسليم على المتبرع وهو لم يتبرع به واجبا بشئ لم يتبرع به بخلاف موضوع التبرعات بخلاف المعاوضات كذا في الكافي وبعض الشروع ورد بان المتبرع بالشئ قد يلزمه ما لم يتبرع به اذا كان من تمامه ضرورة تحصيله كمن نذر ان يصلي وهو محدث لزمه الوضوء ومن شرع في صوم أو صلاة لزمه الاتمام وأجيب بأنه مغالطة فان ما لا يتم الشئ الابه فهو واجب اذا كان ذلك الشئ واجبا كما ذكرنا من الصور فانه يجب بالنذر أو بالشروع وما لا يتم الواجب الابه فهو واجب والهبة عقد تبرع ابتداء وانتهاه فانه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم فلا يجب ما يتم به كذا في العناية أخذ من النهاية (أقول) فيه كلام أما أولا فلا نفي لقوله فانه لو وهب وسلم جازله الرجوع فكيف قبل التسليم منقوض بالهبة للقريب وبالهبة المعوض عنها وبغيرهما بما يحقق فيه المانع عن الرجوع كما سيأتي وأما ثانيا فلا نفي اذا جازله الرجوع قبل التسليم وبعده لم يكن في اثبات الملك قبل القبض الزام المتبرع شيئا لم يتبرع به وهو التسليم اذ يجوز الرجوع قبل التسليم ينتهي لزوم التسليم فمن أين يجب الزام التسليم فليتأمل في الدفع (قوله ولنا أن القبض بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك) قال الشراح قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول فالمعنى ان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع من حيث ان الحكم وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع وبه صرح في المبسوط وأشار اليه في الايضاح وقال بعض الفضلاء ولا أدري ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف

تصرف في ملك الواهب لان ملكه قبل القبض باق) بالاتفاق (والتصرف في ملك الغير بدون الاذن غير صحيح ولنا) وهو وجه الاستحسان في الاول (أن القبض في الهبة بمنزلة القبول) في البيع (من حيث ان الحكم وهو ثبوت الملك يتوقف عليه) فيها كما يتوقف على القبول فيه فقوله في الهبة متعلق بقوله أن القبض لا بقوله القبول

قال المصنف (وهو التسليم فلا يصح) أقول قال الشكاكي لا يقال ان الملك يقع على وجه لا يوجب التسليم لانه لا يفيد اذ فائدة الملك التمكن من التصرفات وذا انما يكون اذا كان بسبيل من قبضه انتهى وفيه بحث (قوله فقوله في الهبة متعلق بقوله ان القبض لا بقوله القبول) أقول ولا أدري ما المانع عن تعلقه بالقبول فان التوقف لا يستلزم ايجاب التام قال العلامة الكاكي وصاحب النهاية قوله في الهبة متعلق بالقبض لا بالقبول أي القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع وبه صرح في المبسوط وأشار اليه في الايضاح انتهى وليس فيما قاله ما يدل على عدم استقامة المعنى اذا تعلق بالقبول

لا يستلزم الإيجاب التام اه (أقول) لعل المانع عنه أمران أحدهما أن المتبادر من كون الشيء بمنزلة الشيء أن يكون قائما مقامه وهذا لا يتصور فيما إذا كان في عقد واحد كالقبض والقبول في الهبة فان كلا منهما حينئذ يعطى حكم نفسه بنفسه فلا يأخذ أحدهما حكم الآخر فلا يوجد نزول أحدهما منزله الآخر وقيامه مقامه بخلاف ما إذا كان في عقدين مختلفين كالقبض في الهبة والقبول في البيع فانه يجوز حينئذ أن يأخذ أحدهما حكم الآخر فيكون بمنزلة وعن هذا قال في المبسوط ولما كان القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع أخذ حكم القبول في البيع وثانيهما أن التوقف وإن لم يستلزم الإيجاب التام إلا أن القبول في الهبة كما لا يجب ثبوت حكم عقد الهبة وهو الملك لا يتوقف عليه أيضا ثبوت حكم عقد الهبة لثبوت حكمه بدون تحقق القبول فانه لو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح وملكه لوجود القبض نص عليه الامام الزلي في التبيين وذكر في النخبة أيضا فلا يصح أن يقال إن القبض في الهبة بمنزلة القبول في الهبة من حيث أنه يتوقف عليه ثبوت حكمه وهو الملك بخلاف القبول في البيع فانه لا يثبت الملك قطعا ولا يصح عقد البيع أصلا بدون تحقق القبول فيه وهذا الوجه الثاني قطعي في المنع كما ترى وطعن صاحب الغاية في قول المصنف ولنا أن القبض الخ حيث قال وكان ينبغي أن يقول وجه الاستحسان لانه ذكر القياس والاستحسان ولم يذكر قول الخصم في المتن فلم يكن قوله ولنا مناسبا اه وقصد الشارح العيني دفع ذلك فقال بعد نقله قلت لما كان القياس هو قول الشافعي ووجه الاستحسان قولنا تناسب أن يقول ولنا وإن لم يصرح بذلك الشافعي اه (أقول) أن تحقق خصم يأخذ بالقياس في هذه المسئلة مما يجوز أن يقول ولنا إجماعا إلى وقوع منازع في هذه المسئلة وأما مناسبة هذا القول وحسنه فانه يحصلان عند ذكر مخالفة الخصم فمقابل كما هو المتعارف المعتاد ومراد صاحب الغاية مؤاخذه المصنف بتقوية المناسبة في تحريره لاثني الصحة والجواز عن كلامه بالكلية فلا يدفعه ما قاله الشارح العيني كما لا يخفى واعتراض على الدليل المزبور بأنه لو كان القبض بمنزلة القبول لما صح الأمر بالقبض بعد المجلس كما لا يصح الأمر بالبائع المشتري بالقبول بعد المجلس وأجيب بأن الإيجاب من البائع شرط العقد ولهذا الوجه لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يثبت فأما إيجاب الواهب فعقد تام بدليل أنه لو حلف لا يهب قوهب ولم يقبل يحنث استحسانا فليقف على ما وراء المجلس فيصح الأمر بالقبض وقبضه بعد المجلس وهذا السؤال والجواب مذكوران في عامة الشروح وعزاهما في النهاية ومعراج الدراية إلى المختلفات (أقول) في الجواب بحث أما أولا فلا بد من دفع السؤال المذكور بل يقرره لان حاصل ذلك السؤال القدح في المقدمة القائلة أن القبض بمنزلة القبول بأنه لو كان كذلك لما صح في القبض ما لا يصح في القبول من التأخير إلى ما بعد المجلس وحاصل الجواب بيان الفرق بين إيجاب الواهب وإيجاب البائع بأن الأول عقد تام والثاني شرط العقد وجعل هذا الفرق مدار الصحة القبض بالاذن بعد المجلس في الهبة وعدم صحة القبول بالأمر بعد المجلس في البيع وخلاصة هذا بيان لمية صحة القبض في الهبة بعد المجلس وعدم صحة القبول في البيع بعده وهذا لا يدفع القدح في قولهم إن القبض في الهبة بمنزلة القبول في البيع بل يقرر ذلك كما لا يخفى وأما ثانيا فلا ثم صرحوا بأن الحكم في البيع الفاسد على هذا التفصيل المذكور في الهبة لا فقاره أيضا إلى القبض كما ذكر في الكافي وفي غاية البيان نقلا عن مبسوط شيخ الاسلام خواهر زاده ولا يخفى أن الجواب المذكور لا يتمشى في تلك الصورة رأسا لان الإيجاب في البيع الصحيح والإيجاب في البيع الفاسد شيان في كونهما شرط العقد لا تمامه فلا يتم الفرق المزبور هناك وأورد بعض الفضلاء على الجواب المذكور وجهين آخرين حيث قال فيه بحث فانه لو صح ما ذكرنا من القبول بعد المجلس بأمر الواهب وأيضا

(والمقصود منه) أي مقصود الواهب من عقد الهبة (اثبات الملك) للهوب له وإذا كان كذلك (فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض) محصلا لمقصوده فكان إذا دلالة (ولا كذلك القبض بعد الافتراق لانا إنما أثبتنا التسليط فيه الحاقا للقبض بالقبول والقبول بتقيد بالجلس فكذا ما قام مقامه) فان قيل يلزم على هذا ما ذكرناه من القبض فان التسليط موجود ولم يجزله القبض أجاب بقوله (تخلاف ما إذا انهاء) يعني صريحا (في المجلس لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح) وفيه بحثان الاول انه لو كان انقبض عنزلة القول لم يصح الامر بالقبض بعد المجلس كالبيع والثاني أن مقصود البائع من البيع ثبوت الملك للمشتري ثم إذا تم الإيجاب والقبول والمبيع حاضر لم يجعل الإيجاب البائع تسليطا على القبض حتى لو قبضه المشتري بدون اذنه (١١٧) جازله أن يسترده ويحبسه للثمن

وأجيب عن الاول بأن الإيجاب من البائع شرط العقد ولا يتوقف على ما وراء المجلس وفي الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه وعن الثاني بأننا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك له ضمنى لا معتبر به

والمقصود منه اثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق لانا إنما أثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول بتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به بخلاف ما إذا انهاء عن القبض في المجلس لأن الدلالة لا تعمل في مقابلة الصريح

هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف انه عقد والعقد ينشأ بالإيجاب والقبول اهـ (أقول) كلا وجهي بحقه ساقط أما الاول فلأن الملازمة في قوله لوصح ما ذكره لجازا للقبول بعد المجلس بأمر الواهب مسلمة فأما بطلان الثاني فمنع اذ قد ذكرنا فيما مر أنعائه لو قال وهبتك هذا الشيء فقبضه الموهوب له من غير قبول صح على ما نص عليه في التبيين وذكر في الذخيرة أيضا فاذا صح عقد الهبة من غير قبول أصلا فلا ن يصح بالقبول بعد المجلس بأمر الواهب أولى كالأخفى وأما الثاني فلا نأخذ بطلاننا عن البدائع فيما مر أن ركن الهبة هو الإيجاب من الواهب وأما القبض من الموهوب له فلم يركن استحصانا والقياس أن يكون ركنها فدار الجواب المذكور على الاستحصان ومدار ما تقدم من المصنف على القياس فلا تناقض بينهما كيف وقد صرح المصنف نفسه في مسائل متفرقة من كتاب الإيمان بأن الهبة عقد تبرع فتم بالتبرع ولهذا يقال وهب ولم يقبل والعاقلة لا يتكلم بما يناقض كلام نفسه فوجه التوفيق حل أحدهما على القياس والأخر على الاستحصان (قوله والمقصود منه اثبات الملك فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض) يعني أن مقصود الواهب من عقد الهبة اثبات الملك للموهوب له وإذا كان كذلك فيكون الإيجاب منه تسليطا على القبض تحصيل المقصود فكان إذا دلالة ونقض هذا بفصل البيع فان مقصود البائع من إيجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري ثم إذا تم الإيجاب والقبول هناك والمبيع حاضر لا يجعل الإيجاب البائع تسليطا على القبض حتى أن المشتري لو قبض المبيع بغير إذن البائع قبل نقد الثمن جاز للبائع أن يسترده ويحبسه حتى يأخذ الثمن وأجيب بأننا نسلم أن مقصود البائع من عقد البيع ثبوت الملك للمشتري بل مقصوده منه تحصيل الثمن لا غير وثبوت الملك للمشتري ضمنى لا قصدي فلا معتبر به كذا في الشروح (أقول) لا يرد النقص المذكور رأسا إذ لو سلم أن مقصود البائع من إيجاب عقد البيع هو ثبوت الملك للمشتري فكذلك المقصود يحصل بقبول المشتري من غير توقف على القبض فان القبض ليس بشرط لثبوت الملك للمشتري فلا مقتضى لجعل إيجاب البائع تسليطا على القبض لحصول مقصوده بدون ذلك بخلاف فصل الهبة كما تقرر (قوله بخلاف ما إذا قبض بعد الافتراق لانا إنما أثبتنا التسليط فيه الحاقا له بالقبول والقبول بتقيد بالمجلس فكذا ما يلحق به)

(قوله وفيه بحثان الاول انه لو كان القبض عنزلة للقبول لما صح الامر بالقبض بعد المجلس كالبيع) أقول فيه فوجعا (قوله وأجيب عن الاول بأن الإيجاب من البائع شرط العقد) أقول ولهذا ألحلف لا يبيع فباع ولم يقبل المشتري لا يحنث (قوله وفي الهبة وحده عقد تام وهو يتوقف على ما وراءه) أقول هكذا وقع في هذه النسخة موافقا لما في سائر الشروح وفيه بحث فانه لوصح ما ذكره لجازا للقبول

بعد المجلس بأمر الواهب وأيضا هذا الكلام يناقض ما تقدم من المصنف من أنه عقد والعقد ينشأ بالإيجاب والقبول وأما قصة الحلف فأمرها سهل لكون مبناها على العرف ولعل الاولى أن يقال في الجواب القبض عنزلة للقبول وليس به حقيقة في النظر الى كونه بمنزلة جواز القبض في المجلس بلا إذن الواهب وبالنظر الى التغاير حقيقة صحيح الامر بالقبض بعد المجلس ابداً لانا لا نخطط رتبته عن القبض فتأمل ووقع في بعض النسخ وجده عقد تام فلا يرد عليه هذا الصحت نعم يرد على ما في الشروح الاخر فقدر (قوله وعن الثاني بأننا نسلم أن مقصود البائع الخ) أقول ولو سلم أن المقصود بذلك بالقبول يتم المقصود ويحصل الملك للمشتري ولا يتوقف على القبض حتى يرد ما ذكره وأما حق الاسترداد فلا يكون المبيع قبل نقد الثمن كالرهون فان قيل حق الرجوع ثابت في الهبة أيضا فينافي ذلك كون الإيجاب تسليطا فلنا ذلك في الهبة ليس بكل الأثر الى موانع الرجوع في الهبة بخلاف البيع تنأمل

قال (وتعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطت) لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه الصلاة والسلام كل أولادك نحلت مثل هذا وكذلك الثالث يقال أعطاك الله وهبك الله يعني واحد (وكذا تتعقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وأعمرتك هذا الشيء وجعلتك على هذه الدابة إذا نوى بالجلان الهبة) أما الاول فلان الاطعام إذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تملك العين اقول لقائل أن يقول انما الحق القبض في الهبة بالقبول في البيع من حيث ان حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع كما تقرر فيما مر آنفاً لان جميع الحثيات لا ترى أن القبض في الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك بخلاف القبول في البيع فإنه ركن داخل لا يتم العقد بدونه وإذا كان كذلك فلا يلزم من أن يتميد القبول بالمجلس أن يتميد ما يلحق به من الحثية المذكورة بالمجلس أيضاً فان تقييد القبول بالمجلس من أحكام كونه ركنًا دخلاً في العقد ولهذا لا يصح القول بعد المجلس بأمر البائع أيضاً فلا يتعدى الى ما ليس بركن داخل في العقد وهو القبض وان كان ملحقاً بالقبول من جهة كونه موقوفاً عليه لثبوت حكم العقد والى يلزم أن لا يصح القبض بعد المجلس بالاذن أيضاً فتمثل والاولى في تقرير وجه الاستحسان في مسئلتنا هذه ما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه صاحب الغاية وهو انه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض لان القبض متى مات بهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحيحاً وإذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من لوازم على الصحة وجود القبض لا محالة كان الاقدام على الايجاب له اذا لم يوجب له بالقبض اقتضاء كما في باب البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذا لم يشتري بالقبول مقتضى بقاء الايجاب على الصحة الا أن ما نثبت اقتضاء بقاء ضرورة والنائب بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الاذن في المجلس لان الايجاب يسبق صحيحاً من قبض في المجلس فلا يعتبر ثباتاً فيما وراء المجلس بخلاف ما لو ثبت نصالان الثابت نصاً ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس انتهى (قوله) أما الاول فلان الاطعام إذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تملك العين (قال صاحب غاية البيان ولنا في تقرير صاحب الهداية نظر لانه قال ان الاطعام إذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تملك العين فملي هذا ينبغي أن يكون المراد من الاطعام في الكفارة التملك لا الاباحة كما هو مذهب الخصم لان المراد من الاطعام اطعام الطعام والطعام يؤكل عينه فكان الاطعام في الآية مضافاً الى ما يطعم عنه فافهم انتهى كلامه (قول) يمكن الجواب عن هذا النظر بأن مراد المصنف بالاضافة الى ما يطعم عنه أن يذكر ما يطعم عينه ويجعل مفعولاً ثانياً لا لا طعام وفي آية الكفارة لم يكن الامر كذلك فكان الاطعام مفعولاً على أصل وضعه وهو الاباحة ورشدك الى هذا التوجيه انه قال في تنقيح الاصول في أوائل التقسيم الرابع وفي قوله تعالى اطعام عشرة مساكين إشارة الى أن الأصل فيه هو الاباحة والتمليك ملحق به لان الاطعام جعل الغير طاعماً لاجله مال كما والحق به التملك دلالة لان المقصود قضاء حوائجهم وهي كثيرة فأقيم التملك مقامها انتهى وقال في التسليم وأما نحو أطعمتك هذا الطعام فاعلم ان كان هبة وتمليكاً بقرينة الحال لانه لم يجهله طاعماً قالوا والضابط انه اذا ذكر المفعول الثاني فهو للتمليك والا فلا اباحة انتهى ولعل المراد من الاضافة الى ما يطعم عنه ما ذكره في التسليم من جعله مفعولاً ثانياً فلا يرد ما رواه المولى يعقوب باشا في حواشي شرح الوقاية

قال (وتعقد الهبة بقوله وهبت ونحلت وأعطت) لان الاول صريح فيه والثاني مستعمل فيه قال عليه الصلاة والسلام كل أولادك نحلت مثل هذا وكذلك الثالث يقال أعطاك الله وهبك الله يعني واحد (وكذا تتعقد بقوله أطعمتك هذا الطعام وجعلت هذا الثوب لك وأعمرتك هذا الشيء وجعلتك على هذه الدابة إذا نوى بالجلان الهبة) أما الاول فلان الاطعام إذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تملك العين اقول لقائل أن يقول انما الحق القبض في الهبة بالقبول في البيع من حيث ان حكم العقد وهو الملك يتوقف عليه في الهبة كما يتوقف على القبول في البيع كما تقرر فيما مر آنفاً لان جميع الحثيات لا ترى أن القبض في الهبة ليس بركن العقد بل هو خارج عنه شرط لثبوت الملك بخلاف القبول في البيع فإنه ركن داخل لا يتم العقد بدونه وإذا كان كذلك فلا يلزم من أن يتميد القبول بالمجلس أن يتميد ما يلحق به من الحثية المذكورة بالمجلس أيضاً فان تقييد القبول بالمجلس من أحكام كونه ركنًا دخلاً في العقد ولهذا لا يصح القول بعد المجلس بأمر البائع أيضاً فلا يتعدى الى ما ليس بركن داخل في العقد وهو القبض وان كان ملحقاً بالقبول من جهة كونه موقوفاً عليه لثبوت حكم العقد والى يلزم أن لا يصح القبض بعد المجلس بالاذن أيضاً فتمثل والاولى في تقرير وجه الاستحسان في مسئلتنا هذه ما ذكره شيخ الاسلام في مبسوطه ونقل عنه صاحب الغاية وهو انه لا بد لبقاء الايجاب على الصحة من القبض لان القبض متى مات بهلاك قبل التسليم لا يبقى الايجاب صحيحاً وإذا كان من ضرورة بقاء الايجاب من لوازم على الصحة وجود القبض لا محالة كان الاقدام على الايجاب له اذا لم يوجب له بالقبض اقتضاء كما في باب البيع جعلنا اقدام البائع على الايجاب اذا لم يشتري بالقبول مقتضى بقاء الايجاب على الصحة الا أن ما نثبت اقتضاء بقاء ضرورة والنائب بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة والضرورة ترتفع بثبوت الاذن في المجلس لان الايجاب يسبق صحيحاً من قبض في المجلس فلا يعتبر ثباتاً فيما وراء المجلس بخلاف ما لو ثبت نصالان الثابت نصاً ثابت من كل وجه فيثبت في المجلس وبعد المجلس انتهى (قوله) أما الاول فلان الاطعام إذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تملك العين (قال صاحب غاية البيان ولنا في تقرير صاحب الهداية نظر لانه قال ان الاطعام إذا أضيف الى ما يطعم عنه يراد به تملك العين فملي هذا ينبغي أن يكون المراد من الاطعام في الكفارة التملك لا الاباحة كما هو مذهب الخصم لان المراد من الاطعام اطعام الطعام والطعام يؤكل عينه فكان الاطعام في الآية مضافاً الى ما يطعم عنه فافهم انتهى كلامه (قول) يمكن الجواب عن هذا النظر بأن مراد المصنف بالاضافة الى ما يطعم عنه أن يذكر ما يطعم عينه ويجعل مفعولاً ثانياً لا لا طعام وفي آية الكفارة لم يكن الامر كذلك فكان الاطعام مفعولاً على أصل وضعه وهو الاباحة ورشدك الى هذا التوجيه انه قال في تنقيح الاصول في أوائل التقسيم الرابع وفي قوله تعالى اطعام عشرة مساكين إشارة الى أن الأصل فيه هو الاباحة والتمليك ملحق به لان الاطعام جعل الغير طاعماً لاجله مال كما والحق به التملك دلالة لان المقصود قضاء حوائجهم وهي كثيرة فأقيم التملك مقامها انتهى وقال في التسليم وأما نحو أطعمتك هذا الطعام فاعلم ان كان هبة وتمليكاً بقرينة الحال لانه لم يجهله طاعماً قالوا والضابط انه اذا ذكر المفعول الثاني فهو للتمليك والا فلا اباحة انتهى ولعل المراد من الاضافة الى ما يطعم عنه ما ذكره في التسليم من جعله مفعولاً ثانياً فلا يرد ما رواه المولى يعقوب باشا في حواشي شرح الوقاية



وخوله عليه الصلاة والسلام  
(ولورثته من بعده) أي ولورثته  
المجمر له من بعد المجمر له  
يعني تثبت به الهبة ويبطل  
ما اقتضاه من شرط الرجوع  
وكذا لو شرط الرجوع  
صريحاً يبطل شرطه وقوله  
(لما قلنا) إشارة إلى قوله فلان  
حرف اللام التمليك وقوله  
(فلان الرجل هو الراكب  
حقيقة) يعني أنه تصرف في  
المنافع (فيكون عارية) إلا  
أن يقول صاحب الدابة  
أردت الهبة لأن اللفظ قد  
يذكر التمليك فإذا نوى  
شمول لفظه فيما فيه  
تشديد عليه علمت نيته  
لا يقال هذا يناقض ما تقدم  
في العارية من قوله لأنهما  
تمليك العين وعند عدم  
إرادته الهبة يجعل على  
تمليك المنافع مجازاً لما  
أشرنا إليه هناك أن قوله  
لأنهما التمليك العين يعني  
في العرف فاستعماله في  
المنافع مجاز عرفي فيكون  
قوله ههنا لأن الرجل هو  
الراكب حقيقة يعني في  
اللغة فاستعماله في الحقيقة  
العرفية مجاز لغوي

(قوله لأن الرجل هو الراكب  
حقيقة يعني أنه تصرف)  
أقول ضمير أنه راجع إلى  
الرجل (قوله لما أشرنا إليه الخ)  
أقول جواب لقوله لا يقال  
هذا يناقض ما تقدم الخ

بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث تكون عارية لأن عنهما لا تطعم فيكون المراد كل غلتهما  
وأما الثاني فلأن حرف اللام التمليك وأما الثالث فلقوله عليه الصلاة والسلام في أعمر عمرى فهي للعملة  
ولورثته من بعده وكذا إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا وأما الرابع فلأن الرجل هو الراكب  
حقيقة فيكون عارية لكنه يحتمل الهبة يقال جل الأمير فلاناً على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه  
عند نيته (ولو قال **كسوتك** هذا الثوب يكون هبة) لأنه يراد به التمليك قال الله تعالى  
أو كسوتهم ويقال كسا الأمير فلاناً ثوباً أي ملأه منه

الهبة والعارية وإن النظر المذكور لا يتجه أصلاً على ما في رواية الأصل لأن التملك إنما يستفاد على  
هاتيك الرواية من قوله فاقبضه لا من لفظ الاطعام فلا ينبغي أن يكون الاطعام في آية التكفارة على  
أصل وضعه وهو الاباحة (قوله بخلاف ما إذا قال أطعمتك هذه الأرض حيث تكون عارية لأن عنهما  
لا تطعم فيكون المراد اطعام غلتهما) أقول لقائل أن يقول كون الأرض مما لا يطعم عنهما إنما يقضي  
أن لا يكون الاطعام المضاف اليه على حقيقة ولا يقضي أن لا يراد به تملك العين مجزاً كما أراده ذلك إذا  
أضيف إلى ما يطعم عنهما فإنهم حملوا هناك على تملك العين مع أن حقيقة الاطعام جعل الغير طامعاً أي  
أكلاً لا جعله مالكاً كما صرحوا به والجواب أنه وإن أمكن أن يراد بالاطعام المضاف إلى مثل الأرض تملك  
العين مجازاً لكن هذا التجوز ليس بمتعارف في مثل ذلك وإنما المتعارف أن يراد بالاطعام الغلة على طريق  
ذكر الحمل وإرادة الحمل كما أن المتعارف فيما إذا أضيف الاطعام إلى ما يطعم عنهما أن يراد به تملك  
العين وكلام العاقل إنما يجب حمله على المتعارف لا على كل ما احتمله اللفظ تدبر (قوله وكذا إذا قال  
جعلت هذه الدار لك عمرى لما قلنا) قال صاحب العارية قوله لما قلنا إشارة إلى قوله فلان حرف اللام التمليك  
وأقنني أثره الشارح العيني وسكت غيرهما عن البيان (أقول) الظاهر أن قول المصنف هذه الإشارة إلى  
قريبه وهو قوله فلقوله عليه الصلاة والسلام في أعمر عمرى فهي للعملة ولورثته من بعده ويدل على  
هذا ذكر هذه الصورة في ذيل الثالث أدل كان مراده ما قاله الشارحان المربوزين أن ذلك كره في ذيل  
الثاني بل لو كان مراده ذلك لما ذكرها أصلاً إذ قد سبق ذكرها إذا قال جعلت هذا الثوب لك وهو الذي  
قاله وأما الثاني ولا يرى أثر فرق بينهما وبين ما إذا قال جعلت هذه الدار لك عمرى إلا باشتغال هذه الصور  
على لفظة عمرى دون ما سبق فلو كان مراده بقوله لما قلنا كون اللام في قوله لك التمليك لا كون لفظة  
العمرى لاثبات الملك للمجرى لكان ذلك كره هذه الصورة مستدركاً كما لا يخفى فان قلت لو كان مراده ما ذكرته  
لقال لما روي كما هو دأبه عند قصده الإشارة إلى السنة قلت كأن الشارحين المربوزين اغتروا بذلك  
ولكن يمكن التوجيه بجعل ما في قوله لما قلنا عبارة عن قول نفسه وهو قوله فلقوله عليه الصلاة والسلام  
لأن نفس الحديث قد أشرنا إليه في تحرير مراده فتبصر (قوله وأما الرابع فلأن الرجل هو الراكب  
حقيقة فيكون عارية) لكنه يحتمل الهبة يقال جل الأمير فلاناً على فرس ويراد به التمليك فيحمل عليه  
عند نيته) يعني أن الرجل تصرف في المنفعة فيكون عارية لأن يقول صاحب الدابة أردت الهبة لأن  
هذا اللفظ قد يذكر التمليك العين فإذا نوى ما يحتمله لفظه وفيه تشديد عليه علمت نيته قال في الكفاية  
فإن قيل كيف يستقيم قوله إن حقيقة الراكب وقد ذكر في الدابة أن قوله جعلت التمليك العين  
قلنا حقيقة الراكب نظر إلى الوضع وهو تملك العين في العرف والاستعمال لكن الحقيقة ما صارت  
مهمجرة بالعرف فكان هذا في معنى الاسم المشتبك انتهى وذكر صاحب العارية مخفياً ذلك  
بعبارة أخرى حيث قال لا يقال هذا يناقض ما تقدم في العارية من قوله لأنهما التمليك العين وعند  
عدم إرادته الهبة يجعل على تملك المنافع مجازاً لما أشرنا إليه هناك أن قوله لأنهما التمليك العين

(ولو قال مختك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) يعني ما تقدم في كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة  
بقوله (ولو قال دارى لك هبة سكتى (١٣٠) أو سكتى هبة) انما هو بنصب هبة في الموضعين اما على الحال أو التمييز لما في قوله

(ولو قال مختك هذه الجارية كانت عارية لما روينا من قبل) (ولو قال دارى لك هبة سكتى أو سكتى هبة  
فهى عارية) لان العارية محكم في غلب المنفعة والهبة تحتلها وتحتل غلب العين فيصل المحتمل  
على المحكم وكذا اذا قال عمرى سكتى أو سكتى صدقة أو صدقة عارية أو عارية هبة لما  
قدمناه (ولو قال هبة تسكتها فهى هبة) لان قوله تسكتها مشورة وليس بتفسيره وهو تنبيه على المقصود  
بخلاف قوله هبة سكتى لانه تفسيره

يعنى في العرف فاستعماله في المنافع مجاز عر في فيكون قوله ههنا لان الحمل هو الار كالب حقيقة يعنى  
في اللغة فاستعماله في الحقيقة العرفية مجاز لغوي انتهى (أقول) بى انشكال وهو انه قد تقرر في كتب  
الاصول أنه اذا كانت الحقيقة مستعملة والمجاز متعارفا فعند أبى حنيفة رحمه الله المعنى الحقيقي أولى  
والعمل به وعندهما المعنى المجازى أولى والعمل به وأما اذا كانت الحقيقة معجورة فالعمل بالمجاز اتفاقا اذا  
عرفت ذلك ففي ما نحن فيه لم تكن الحقيقة معجورة كما صرحوا به فعلى مقتضى الاصل المذكور يلزم  
أن يكون العمل عند أبى حنيفة بما هو حقيقة بحسب الوضع وهو الار كىاب وعندهما بما هو المستعمل فيه  
بحسب العرف وهو غلب العين فينبغي أن يحمل الحمل على العارية عند عدم ارادة الهبة على أصل  
أبى حنيفة وان يحمل على الهبة وان لم ينوها على أصلهما مع أن وضع المسئلة في هذا الكتاب وسائر  
الكتب المتبعة على الاول من غير أن يذ كراخلاف في شئ منها فليتنامل ثم ان قول صاحب الكفاية  
فكان هذا في معنى الاسم المشترك ليس بسديد لان حكم المشترك التأمل فيه حتى يترجح أحد معنيينه  
أو معانيه بالادلة أو الامارات على ما تقرر في علم الاصول وقيام نحن فيه ان نوى الهبة يحمل عليها وان لم  
ينوها يحمل على العارية من غير تأمل ولا توقف فابن هذا من ذلك (قوله ولو قال مختك هذه الجارية  
كانت عارية لما روينا من قبل) يعنى ما ذكره في كتاب الدارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة  
كذا في الشروح (أقول) ههنا كلام أما أولافلان المتبادر من ذكر هذه المسئلة منفصلة عن مسئلة  
الحمل وعدم تقيدها بعدم ارادة الهبة أن يكون قوله مختك هذه الجارية عارية وان نوى بالمنحة  
الهبة وقد ذكر في كتاب العارية أن قوله مختك هذا التوب وقوله جلتك على هذه الدابة عارية  
اذا لم يرد بهما الهبة وقال في التعليل لانهم التليل العين وعند عدم ارادة الهبة يحمل على غلب  
المنافع تجوزا فكان بين كلاميه في المقامين نوع تنافر وأما ثانيا فلان تعليل هذه المسئلة مجاز كره في  
كتاب العارية من قوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة من منظور فيه اذ قد ذكر في المحيط نقل عن  
الاصول انه اذا قال مختك هذه الدراهم أو هذا الطعام فهو هبة ولو قال مختك هذه الارض أو هذه  
الجارية فهو عارية وقال فالاصول ان لفظة المنحة اذا أضيفت الى ما لا يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه  
فهو هبة واذا أضيفت الى ما يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه فهو عارية انتهى وهكذا ذكر في عامة  
المعتبرات وقوله عليه الصلاة والسلام المنحة مردودة لا يفرق بين الفصلين فتعليل الفصل الثاني به  
ينتقض بالفصل الاول فنأل في التوجيه (قوله لان قوله تسكتها مشورة وليس بتفسير) اذا الفعل  
لا يصلح تفسير الاسم كذا في المبسوط والمحيط وعليه عامة الشراح قال تاج الشريعة لا ن قوله تسكتها  
فعل مخاطب فلا يصلح تفسير القول المتكلم ونقله صاحب العناية بقيل بعد أن ذكر مختار العامة  
(أقول) ليس هذا صحيح لان قوله تسكتها ليس بفعل مخاطب وانما فعل المخاطب السكتى الذى دل  
عليه لفظ تسكتها والكلام في عدم صلاحية هذا اللفظ للتفسير فهل يقول العاقل ان لفظ التسكلم فعل

دارى لك من الابهام وقوله  
(لان العارية محكم في غلب  
المنافع) كان الواجب أن  
يقول لان سكتى محكم في  
غلب المنافع اذ هو المذكور  
في كلامه ويجوز أن يقال  
سكتى لا يحتمل الا العارية  
فعر عنه بالعارية (ولو قال  
هبة تسكتها فهى هبة لان  
قوله تسكتها مشورة وليس  
بتفسيره وهو تنبيه على  
المقصود) أنه ملكه الدار عمر  
ليسكتها وهو معلوم وان لم  
يذكره فلا يتغير به حكم  
التليل بخيلة قوله هذا  
الطعام لك تأ كله وهذا  
التوب لك تلبسه فان شاء  
قبل مشورته وفعل ما قال  
وان شاء لم يقبل (بخلاف  
قوله هبة سكتى لانه تفسيره)  
والفرق بينهما أن قوله  
سكتى اسم فجاز أن يقع  
تفسير الاسم آخر بخلاف  
قوله تسكتها لكونه فعلا  
وقيل لان قوله تسكتها فعل  
المخاطب فلا يصلح تفسيره  
لقول المتكلم

(قوله والفرق بينهما أن  
قوله سكتى اسم فجاز أن يقع  
تفسير الاسم آخر  
بخلاف قوله تسكتها لكونه  
فعلا) أقول لا يقال له نظائر  
كثيرة من جملتها هل أدلكم  
على تجارة تصيبكم من عذاب

المخاطب

ألم تؤمنون بالله الا أنه لا تميز لا تفسر و بينهما فرق (قوله وقيل لان قوله تسكتها

فعل مخاطب فلا يصلح تفسير القول المتكلم) أقول وفيه بحث ومخالفة لما سبق من المصنف في كتاب المضاربة

قال ( ولا يجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة الخ ) الموهوب اما ان يحتمل القسمة أولا وضابط ذلك أن كل شيء يضره الشبه فوجب نقصا في ماله لا يحتمل القسمة وما لا يوجب ذلك فهو يحتملها فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالأرض والبيت الكبير ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة والاول احتراز عما اذا وهب التمر على التخليل دون التخليل أو الزرع في الأرض دونها فان الموهوب ليس بمحوز أي ليس بمقبوض والثاني عن المشاع فإنه اذا جاز قبض التمر الموهوب على التخليل ولكن ذلك التمر مشترك بينه وبين غيره لا يجوز أيضا لأنه غير متسوم ومعنى قوله لا يجوز لا يثبت الملك فيه الا محوزة مقسومة لأن الهبة في نفسها فيما يقسم تقع جائزة ولكن غير مثبتة للملك قبل تسليمه فمرزا فإنه اذا وهب مشاعا فيما يقسم ثم أفرزه وسلم صحت ووقعت مثبتة للملك فعلم بهذا أن هبة المشاع فيما يقسم وقعت جائزة في نفسها ولكن توقف اثباتها للملك على الأفرز والتسليم والعقد المتوقف ثبوت حكمه على الأفرز والتسليم لا يوصف بعدم الجواز كالبيع بشرط الخيار وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ومعناه هبة مشاع لا تحتمل القسمة جائزة لأن المشاع غير مقسوم فيكون معناه ظاهرا وهبة النصيب الغير المقسوم فيما هو غير مقسوم جائزة وذلك ليس على ما ينبغي وتصحيحه بما ذكر وقال الشافعي هبة المشاع جائزة في الوجهين جميعا معناه مثبتة للملك للموهوب لأنه عقد تملك وهو ظاهر وعقد التملك يصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه يعني الصحيح والفاسد والصرف والسلم فان الشروع لا يمنع تمام القبض ( ١٢١ ) في هذه العقود بالاجماع فاذا باع

وخلى بينه وبين المشتري خرج عن ضمان البائع ودخل في ضمان المشتري وملكه المشتري وان كان البيع فاسدا والخروج عن ضمان البائع والدخول في ضمان المشتري مبني على القبض وكذا يصلح المشاع أن يكون رأس مال السلم وبذل الصرف والقبض شرط فيها وهذا أي جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه أي لحكم عقد الهبة وهو الملك كافي البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلا لأن المحلية عين القابلة أو لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من أهله مضافا إلى محله ولا مانع فمكان جائزا فان قيل لانتم انتفاء المانع فإنه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشروع مبطلا أجاب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يعهذ بذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشرط كسبه وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فان ذلك صحيح فدل على أن الشروع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا ولنا أن القبض في الهبة منصوص عليه لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام لا تصح الهبة الا مقبوضة والمنصوص عليه يشترط كماله لأن التخصيص عليه يدل على الاعتناء بوجوده وقبض المشاع ناقص لأنه لا يقبله الا بضم غير الهبة أي بضم غير الموهوب إلى الموهوب أو بالعكس فان كلامه يحتملها والغير غير موهوب وغير ممتاز عن الموهوب فكل جزء فرضته يشتمل على ما يجب قبضه وما لا يجوز قبضه فكان مقبوضا من وجه دون وجه وفيه شبهة لعدم النافية للاعتناء بشأه

قال ( ولا تجوز الهبة فيما يقسم الا محوزة مقسومة وهبة المشاع فيما لا يقسم جائزة ) وقال الشافعي تجوز في الوجهين لأنه عقد تملك فيصح في المشاع وغيره كالبيع بأنواعه وهذا لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشروع كالقرض والوصية ولنا أن القبض منصوص عليه في الهبة فيشترط كماله والمشاع لا يقبله الا بضم غير الهبة وذلك غير موهوب

المخاطب ( قوله وهذا لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك فيكون محلا له وكونه تبرعا لا يبطله الشروع كالقرض والوصية ) قال صاحب العناية في حل هذا الكلام وهذا أي جوازه باعتبار أن المشاع قابل لحكمه أي لحكم عقد الهبة وهو الملك كافي البيع والارث وكل ما هو قابل لحكم عقد يصلح أن يكون محلا لأن المحلية عين القابلة أو لازم من لوازمها فكان العقد صادرا من أهله مضافا إلى محله ولا مانع فمكان جائزا فان قيل لانتم انتفاء المانع فإنه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشروع مبطلا أجاب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يعهذ بذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشرط كسبه وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فان ذلك صحيح فدل على أن الشروع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا انتهى كلامه ( أقول ) نفس الشارح المذكور في بيانه هذا من وجوه الاول أنه جعل لفظ هذا في قول المصنف وهذا لأن المشاع إشارة إلى جواز عقد الهبة فيقتضى هذا أن يكون قول المصنف وهذا

( ١٢١ - تكمله سابع ) فكان العقد صادرا من أهله مضافا إلى محله ولا مانع فمكان جائزا فان قيل لانتم انتفاء المانع فإنه عقد تبرع فلم لا يجوز أن يكون الشروع مبطلا أجاب بقوله وكونه تبرعا يعني لم يعهذ بذلك مبطلا في التبرعات كالقرض والوصية بأن دفع ألف درهم إلى رجل على أن يكون نصفه قرضا عليه ويعمل في النصف الآخر بشرط كسبه وبأن أوصى لرجلين بألف درهم فان ذلك صحيح فدل على أن الشروع لا يبطل التبرع حتى يكون مانعا ولنا أن القبض في الهبة منصوص عليه لما روينا من قوله عليه الصلاة والسلام لا تصح الهبة الا مقبوضة والمنصوص عليه يشترط كماله لأن التخصيص عليه يدل على الاعتناء بوجوده وقبض المشاع ناقص لأنه لا يقبله الا بضم غير الهبة أي بضم غير الموهوب إلى الموهوب أو بالعكس فان كلامه يحتملها والغير غير موهوب وغير ممتاز عن الموهوب فكل جزء فرضته يشتمل على ما يجب قبضه وما لا يجوز قبضه فكان مقبوضا من وجه دون وجه وفيه شبهة لعدم النافية للاعتناء بشأه

( قوله اما أن يحتمل القسمة أولا إلى قوله فالثاني كالعبد والحيوان والبيت الصغير والاول كالأرض ) أقول قوله فالثاني ناظر إلى قوله أولا والاول ناظر إلى قوله اما أن يحتمل القسمة ( قوله وتصحيحه بما ذكر ) أقول أراد به قوله ومعناه هبة مشاع لا يحتمل القسمة الخ ويجوز أن يكون المراد ما لا يقسم شرعا قال المصنف ( لأن المشاع قابل لحكمه وهو الملك ) أقول فان قيل نحن لانتمنازع في كون المشاع محلا للعقد فلا مساس لهذا الكلام هنا قلنا يظهر وجهه بأدنى تأمل ( قوله وبأن أوصى لرجلين بألف درهم ) أقول معطوف على قوله بأن دفع ألف درهم

ولان في تجوز الزام الواهب  
ضرر مرضي لان اقدامه  
على هبة المشاع يدل على  
التزامه ضرر القسمة  
والضائر من الضرر مالم  
يكن مرضيا أوجب بأن  
المرضى منه ليس القسمة  
ولما يستلزمها لجواز أن  
يكون راضيا بالملك المشاع  
وهو ليس بقسمة ولا  
يستلزمها ولهذا أي ولان  
في تجوز هذا العقد الزام  
مالم يلتزم امتنع حوازه  
قبل القبض لئلا يلزمه  
التسليم وهو لا يتحقق  
بدون مؤنة القسمة بخلاف  
مالم يقسم لان الممكن فيه  
هو القبض القاصر فيكتفي  
به ضرورة ولا أنه لا يلزمه  
مؤنة القسمة فان قيل  
لزمه المهايأة وفي إيجابها  
الزام مالم يلزم بالعقدة ومع  
ذلك العقد جائز فلتكن  
مؤنة القسمة كذلك

( قوله أوجب بأن المرضى  
منه ليس القسمة ولا  
ما يستلزمها لجواز أن  
يكون راضيا بالملك المشاع  
الى قوله وهو لا يتحقق  
بدون مؤنة القسمة )  
أقول وفيه بحث فانه  
يعلم أنه اذا طلب شريكه  
القسمة لا ينفعه إثاؤه على  
أن له أن يرجع عن هبته  
ولا يلزمه المؤنة فليتأمل  
( قوله فان قيل لزمه  
المهايأة وفي إيجابها الزام

مالم يلزم ) أقول ممنوع فان اقدام على عقد الهبة الزام

( ١٢٣ ) شيأ لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وتجوز ذلك لا يجوز زل زيادة الضرر فان قيل هذا

ولان في تجوز الزام شيأ لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ولهذا امتنع جوازه قبل القبض لئلا يلزمه التسليم  
بخلاف مالم يقسم لان القبض القاصر هو الممكن فيكتفي به ولا أنه لا يلزمه مؤنة القسمة

لان المشاع الخ دليل على أصل مدعى الشافعي وهو قوله تجوز في الوجهين فيكون دليله لا نائبا عليه  
فكان ينبغي أن يقول المصنف ولان المشاع يدل قوله وهذا لان المشاع والشأن أنه ارتكب  
تقدير مقدمات حيث قال فكان العقد صادرا من أهله مضافا الى محله ولا مانع غة فكان جائزا  
والباعث عليه جعله لفظ هذا اشارة الى جوازه والثالث انه حل قول المصنف وكونه تبرعا الخ  
على الجواب عن سؤال يرد بطريق المنع على مقدمة من المقدمات التي قدرها وهي قوله ولا مانع  
غة والحق عندى أن مقصود المصنف من قوله وهذا لان المشاع الخ اثبات كبرى الدليل السابق  
وهي قوله فيصح في المشاع لا اثبات أصل المدعى ولفظ هذا اشارة الى مضمون هاتيك الكبرى فالمعنى  
وهذا أي صحته في المشاع أو كونه صحيحا في المشاع لان المشاع قابل للحكم وهو الملك فيكون محلا له  
فلا يلزم حينئذ الوجهان الاولان من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب العناية أما الاول منهما  
فظاهر جدا وأما الثاني فلا سقوط الاحتياج حينئذ الى ما قدره من المقدمات الزائدة كما يظهر بأدنى  
التأمل الصادق ثم ان قوله وكونه تبرعا لا يبطله الشيوع جواب عن سؤال يرد على الدليل المذكور  
بطريق المعارضة وهو أن يقال ان عقد الهبة عقد تبرع فلو قلنا بجوازه في المشاع لزم في ضمنه وجوب  
ضمان القسمة والواهب لم يتبرع به فيكون الزام عليه مالم يلتزمه وهو باطل فقال كونه عقد تبرع  
لا يمنع الشيوع كالقرض والوصية يعني أن الشيوع في القرض والوصية كما لا يمنع كونهما عقد تبرع  
كذلك لا يمنع في الهبة فلا يلزم حينئذ الوجه الثالث أيضا من وجوه التعسف اللازمة لتقرير صاحب  
العناية وهو جل الكلام المذكور على الجواب عما يرد على مقدمة غير مذكورة كما عرفت فتبصر  
( قوله ولان في تجوز الزام شيأ لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة ) يعني ان في تجوز عقد الهبة في المشاع الزام  
الواهب شيأ لم يلتزمه وهو مؤنة القسمة وذلك لا يجوز زل زيادة الضرر فان قيل هذا ضرر مرضي لان  
اقدامه على هبة المشاع يدل على التزامه ضرر القسمة والضائر من الضرر مالم يكن مرضيا أوجب بأن  
المرضى منه ليس القسمة ولا ما يستلزمها لجواز أن يكون راضيا بالملك المشاع وهو ليس بقسمة ولا  
يستلزمها كذا في العناية أخذ من شرح تاج الشريعة وتبعهما الشارح العيني ( أقول ) في الجواب  
ببحث لانه اذا لم يكن الملك المشاع قسمة ولا مستلزما لها لم يتم نفس هذا الدليل أعنى قوله ولان في تجوز  
الزامه شيأ لم يلتزمه وهو القسمة لان الذي يستلزمه تجوز هبة الشيء انما هو الزام واهبه حكم الهبة وهو  
ثبوت الملك للو هو له وشيأ يستلزمه حكمها وأما ما ليس بحكم الهبة ولا شيأ من لوازم حكمها فلا يستلزمه  
تجوز الهبة في شيء فاذا لم تكن القسمة نفس حكم الهبة ولا شيأ يستلزمه حكمها فأين يلزم من تجوز هبة  
المشاع الزام الواهب مؤنة القسمة حتى يلزم الزامه مالم يلتزمه لا يقال الذي لا يستلزم القسمة هو الملك  
المشاع وهو الذي ذكره في الجواب وما هو حكم الهبة هو الملك المفروز وهو يستلزم القسمة لانا نقول  
لانسلم ان حكم الهبة مطلقا هو الملك المفروز بل حكمها هو الملك مطلقا لا ترى ان هبة المشاع الذي لا يحتمل  
القسمة جائزة لانها تقا وحكمها ثابت قطعا مع ان حكمها هناك ليس الملك المفروز بل هو الملك  
المشاع ولو سلم ان حكمها مطلقا هو الملك المفروز لم يصح قول الجيب ان المرضى منه ليس القسمة  
ولما يستلزمها لان من أقدم على الهبة يرضى بحكمها قطعافلو كان حكمها مطلقا هو الملك المفروز تعيين  
الرضائه بما يستلزم القسمة وهو الملك المفروز هذا واغترض بعض الفضلاء على الجواب المذكور بوجه  
آخر حيث قال فيه بحث فانه يعلم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه إثاؤه على أن له أن يرجع عن



أجاب بقوله والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والعين ولأفائل أن يقول ان الزام ما يلزم الواهب بمقدار الهبة ان كان مانعا عن جوازها فقد وجد وان خصصه يعود الى ما تبرع به كان تحكما والجواب بتخصيصه بذلك ويدفع التحكم بأن في عوده الى ذلك الزام زيادة عين هي اجرة القسمة على العين الموهوبة باخراجها عن ملكه وليس في غير ذلك لان المهاياة لا يحتاج اليها ولا يلزم ما اذا تلف الواهب الموهوب بعد التسليم فانه يضمن قيمته للوهوب له وفي ذلك الزام زيادة عين على ما تبرع به لان ذلك بالاتلاف لا بعقد التبرع (قوله والوصية) جواب عن قوله كالقرض والوصية وتقريره ان الشيوخ مانع فيما يكون القبض من شرطه لعدم تحققه في المشاع والوصية ليست كذلك وكذلك البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم وان كان القبض فيها شرطا للملك لكنه غير منصوص عليه فيها فان قيل القبض في الصرف منصوص عليه فلا يصح فيه أجيب بأن كلاً منهما فيما يكون القبض منصوصا عليه لتبوت الملك ابتداء وفي الصرف لبقائه في ملكه فليس مما نحن فيه ولا نه اعقد ضمان فينا سب لزوم مؤنة القسمة بخلاف الهبة فان قيل اذا كانت من الشريك لم تلزم القسمة وما جازت فالجواب سياتي والقرض تبرع من وجه بدليل أنه لا يصح من الصبي (١٣٣) والعبد وعقد ضمان من وجه فان المستقرض مضمون بالمثل

فله شبهة بالتبرع بشرطنا القبض فيه ولشبهه بعقد الضمان لم نشترط فيه القسمة عملا بالشبهين على أن القبض فيه ليس منصوصا عليه فبراعى على الكمال (ولو وهب من شريكه لم يجز) وان لم يلزم فيه مؤنة القسمة (لان الحكم يدار على نفس الشيوخ) فانه مانع عن كمال القبض فيما يجب القبض فيه على الكمال فكذا اشارته الى الوجه الاول وعلى ذلك قبل الوجه الثاني غير متمم في جميع الصور ولا يكون صحيحا وهو غلط لانه عملة النوعية لا ثبات نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراف في كل شخص (ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة

والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين والوصية ليس من شرطها القبض وكذا البيع الصحيح وأما البيع الفاسد والصرف والسلم فالقبض فيها غير منصوص عليه ولا نه اعقد ضمان فتناسب لزوم مؤنة القسمة والقرض تبرع من وجه وعقد ضمان من وجه فشرطنا القبض القاصر فيه دون القسمة عملا بالشبهين على أن القبض غير منصوص عليه فيه ولو وهب من شريكه لا يجوز لان الحكم يدار على نفس الشيوخ قال (ومن وهب شقصا مشاعا فالهبة فاسدة) لماذا كرنا (فان قسمه وسله جاز) لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوخ

هبة ولا تلزمه المؤنة فليتأمل اه (أقول) كل واحد من أصل بحثه وعلاوته ساقط أما الاول فلانه وان علم انه اذا طلب شريكه القسمة لا ينفعه باؤا الا أن طلب شريكه اياها غير متعين بل محتمل والاقسام على العقد إنما يقتضي الرضا بما هو من ضروريات ذلك العقد ولو ازمه لابعاهو من محتملات ذلك وأما الثاني فلأن في رجوعه عن هبته ضررا آخر له وهو حرمانه عن ثواب الهبة فلزم أن يتوقف دفع ضرر مؤنة القسمة عن نفسه على ارتكاب ضرر آخر لنفسه فكان في تجوز هبة المشاع الزام الواهب أحد الضررين وذلك لا يجوز وأيضا هل يجوز العاقل أن يكون بناء جواز هبة المشاع على جواز الرجوع عنها وليس هذا بمنزلة بناء تحقق الشيء على انتفائه على انه ليس له الرجوع عن هبته في كثير من المواد وهي التي تحقق فيما الموانع عن الرجوع كما سياتي في الكتاب فيلزم المحدثور في مثل ذلك ثم أقول ببقية شيء في أصل هذا التعليل وهو ان الواهب المشاع اما أن يرضى بالقسمة أو يمنع عنها فان رضى بها كان ملتزما اياها فلم يكن في الزامه مؤنة القسمة الزامه ما لم يلزمه وان امتنع عنها لم يلزمه مؤنة القسمة عند أي حنيفة لان مؤنة القسمة على الطالب دون الممنوع عنده على ما يجبي في كتاب القسمة فلم يتم هذا التعليل على قوله (قوله والمهاياة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة والهبة لاقت العين) هذا جواب عن سؤال مقدر تقرره أنه ان لم تلزمه فيما لا يقسم مؤنة القسمة فقد لزمته المهاياة وفي

فاسدة) أي لا يثبت الملك على ما تقدم من توجيه قوله ولا تجوز الهبة فيما يقسم المحبوزة وقوله (لماذا كرنا) اشارته الى ما ذكر من الوجهين فكانت معلومة من ذلك لكن أعادها تمهيدا لقوله (ان قسمه وسله جاز لان تمامه بالقبض وعنده لا شيوخ) وبه تبين أن المانع من الشيوخ ما كان عند القبض حتى لو وهب نصف داره لرجل ولم يسلم حتى وهب له النصف الباقي وسلها جلة جازت

(قوله والجواب بتخصيصه بذلك الخ) أقول أشار بقوله بذلك الى قوله يعود الخ (قوله لان ذلك بالاتلاف) أقول يعنى ليس ذلك حكم العقد بخلاف القسمة فانها من أحكام الملك الذي هو حكم العقد (قوله فان قيل القبض في الصرف منصوص عليه الخ) أقول فيه أنا لان سلم كون القبض منصوصا عليه في الصرف ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام يبدأ بيد عيابهين ولزوم القبض ضرورة التمسك على ما حققه المصنف في باب الربا (قوله وفي الصرف لبقائه في ملكه) أقول فيه بحث قال المصنف (ولو وهب من شريكه لا يجوز) أقول قال الرافعي في شرح الوجيز الشائع يجوز هبته كما يجوز بيعه ولا فرق بين المنقسم وغير المنقسم ولا بين أن يهب من الشريك أو غيره وبه قال مالك وأحمد وعند أي حنيفة لا تصح هبة المنقسم من غير الشريك وبالع فبال وهب الشيء المنقسم من اثنين لم يصح أيضا انتهى في قوله وعند أي حنيفة الخ بحث لا يخفى



قال (ولو وهب دقيقاً في حنطة الخ) بئى كلامه ههنا على ان الحمل اذا كان معدوماً حاله العقد لم يتعد الا بالتعبد به بخلاف ما اذا كان متشاهاً فإنه بعد الافراز لا يحتاج الى التعبد (١٣٤) وذلك وانحصر لصلاحية المشاع للعين دون المعدوم وهذا مما يرشدك أن مراد المصنف

قال (ولو وهب دقيقاً في حنطة أو دهنًا في سهم فالحبة فاسدة فان طحن وسلم لم يجز) وكذا السمن في اللبن لان الموهوب معدوم ولهذا لو استقرجه الغاصب بملكه والمعدوم ليس يحل للمالك فوق العقد باطلا فلا يتعد الا بالتعبد بخلاف ما تقدم لان المشاع محل للتملك وهبة العين في الضرر والصوف على ظهر الغنم والزرع والتخل في الارض والتمر في الخيل بمنزلة المشاع لان امتناع الجواز لا اتصال وذلك يمنع القبض كالشائع قال (واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجد فيها قبضا) لان العين في قبضه والقبض هو الشرط بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه قبض الأمانة أما قبض الهبة فغير مضمون فينبوب عنه

ايحابها الزام مالم يلزم ومع ذلك العقد جائز قل تكن مؤنة القسمة فيما يقسم كذلك فأجاب بأن المهايأة تلزمه فيما لم يتبرع به وهو المنفعة لان المهايأة قسمة المنفعة والهبة التي هي عقد التبرع انما لاقت العين ولا الزام فيه فيما لا يقسم فلم يكن ذلك ضمنا في عين ما تبرع به بخلاف مؤنة القسمة فيما يقسم هذا خلاصة ما في جملة الشروح والكافي ههنا وقال صاحب العناية بعد ذلك ولقائل أن يقول الزام مالم يلزم الواهب بعقد الهبة ان كان مانعا عن جوارها فقد وجد وان خصصتم بعوده الى ما تبرع به كان تحكما والجواب بتخصيصه بذلك ويدفع التحكم بأن في عوده الى ذلك الزام زيادة عين هي أجرة القسمة على العين الموهوبة باخراجها عن ملكه وليس في غير ذلك لان المهايأة لا يحتاج اليها اه كلامه (أقول) لا يرى في الجواب الذي ذكره كثر طائل في دفع سؤال سائل لان حاصله ان في عوده الى ما تبرع به الزامه اخراج عين هي أجرة القسمة عن ملكه وليس ذلك في المهايأة فلقائل أن يقول ان لم يكن في المهايأة الزامه اخراج عين عن ملكه ففقه الزامه ازالة تقع في زمان معين عن تصرفه وكون الاول أكثر ضررا من الثاني مطلقا غير مسلم فكمن منفعة كمنفعة دار ونحوها تكون أعز وأشرف من مقدار عين يصير أجرة قسمته فتكون أزالته من الانتفاع بها أشق على الانسان وأكثر ضررا له من اخراج مقدار عين يصير أجرة قسمته عن ملكه وأما الزيادة على العين الموهوبة فتحقق في صورتين معا غير أن الزائد عليها في احدهما العين وفي الاخرى المنفعة والاظهر في الجواب عندى أن يقال تخصيص ذلك بما اذا عاد الى ما تبرع به ولا يلزم التحكم لان المحذور في الزامه مالم يلزمه فيما اذا عاد الى ما تبرع به لزوم المناقاة فان التبرع ضد الزوم فهما لا يجتمعان في محل واحد ونما اذا لم يعد الى ما تبرع به لا تلزم المناقاة فان المهايأة لاقت المنفعة والهبة لاقت العين فلم يصادف الزام والتبرع اذ ذلك محلا واحدا فلا محذور فيه ثم ان صاحب غاية البيان بعد ان بين مراد المصنف على المنهج المزبور قال والجواب الصحيح أن يقال هبة المشاع فيما لا يتحمل القسمة لما يلزم منها ضمان القسمة على الواهب صحت وقولهم يؤدي ذلك الى الزام التهايو فنقول لا نسلم لان التهايو ليس بواجب لان فيه اعارة كل واحد منهما نصيبه من صاحبه والاعارة لا تكون واجبة اه كلامه (أقول) لعل هذا الجواب ليس بصحيح لان التهايو يجب ويجرى فيه جبر القاضى اذا طلبه أحد الشر كاهسما فيما لا يقسم نص عليه في عامة الكتب وسأني بيان ذلك في فصل المهايأة من كتاب القسمة وما ذكره بقوله لان فيه اعارة كل واحد منهما نصيبه الخ وجه القياس وقد صرحوا بأن القياس يأباه ولكننا تركنا القياس بقوله تعالى لها شرب ولكم شرب يوم معلوم وهو المهايأة بعينها والحاجة اليه اذ يعذر الاجتماع على الانتفاع وأشبهه القسمة فقولهم في هبة المشاع فيما لا يتحمل القسمة يؤدي ذلك الى الزام التهايو مما لا يقبل المنع أصلا (قوله) واذا كانت العين في يد الموهوب له ملكها بالهبة وان لم يجد فيها قبضا الى قوله أما قبض الهبة فغير مضمون فينبوب عنه) والاصل في ذلك أن تجانس القبضين يجوز زيادة

بقوله لا تجوز هبة المشاع وقوله فالحبة فاسدة وقوله لان امتناع الجواز لا اتصال هو عدم افادة ثبوت الملك فلا يتوهم انه اختار قول من ذهب الى عدم الجواز لانه لو كان غير جائزا لاحتاج الى تجديد العقد عند الافراز في المشاع كافي المعدوم وانما جعل الرهن في السهم والدقيق والحنطة معدوما لانه ليس بوجود بالفعل وانما يحدث بالعصر والطحن ولا معتبر بكونه موجودا بالقوة لان عامة الممكنات كذلك ولا تسمى موجودة واذا كان العين في يد الموهوب له لا يحتاج الى قبض جديد لا لتفاد المانع وهو عدم القبض فاذا وجد القبض أمانة جاز أن ينوب عن قبض الهبة بخلاف ما اذا باعه منه لان القبض في البيع مضمون فلا ينوب عنه

قال المصنف (وهبة اللبن في الضرع) أقول قال صاحب التسهيل أقول في البيوع ان النوى في التمر لا يجوز بيعه وان أخرجه وسلمه الا ان يجدد بيعا جديدا للشك في وجوده واللبن في الضرع كذلك فينبغي أن لا تصح هبته وان سلم كبيعته انتهى قال المولى الشهير بخضر شاه رحمه الله تعالى والفروق ظاهرة اذا الوجود

بالفعل كاف في الهبة وان لم يتعين به بخلاف البيع لانه عقد معاوضة والهبة عقد تبرع ويشترط في انعقاد البيع القدرة على التسليم دون الهبة والتقريب بعد هذا واضح (قوله لا يحتاج الى قبض) أقول كتابة عن الملك (قوله لا لتفاد المانع) أقول ووجود المقتضى وهو ظاهر لكن ينبغي هنا بحث والاظهر ان يقال لو حوذا الشرط وهو القبض

قبض الامانة والاصل في ذلك أن تجانس القبض يجوز زيادة أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز زيادة الأعلى عن الأدنى دون العكس فإذا كان الشيء ودبعة في يد شخص أو عارية فوهبه إياه لا يحتاج إلى تجديد قبض لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوباً أو يبيع فاسد فوهبه إياه لم يحتج إلى تجديده لأن الأول أقوى فينبوب عن الضعيف ولو كانت ودبعة فباعه منه فإنه يحتاج إليه لأن قبض الامانة ضعيف فلا ينبوب عن قبض الضمان ومعنى تجديد القبض أن ينتهي إلى موضع فيه العين ويمضي وقت يتمكن فيه من قبضها (وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) والقبض فيه بإعلام ما وهبه له وليس الشاهد بشرط الآن فيه احتياطاً للتعرض عن بخود الورثة بعدم موته أو بخوده بعد ادراك الولد (لأنه) أي لأن الموهوب (في قبض الأب فينبوب عن قبض الهبة) ويد مودعه كيد (بخلاف ما إذا كان موهوباً أو مغصوباً أو مبيعاً ببيعاً فاسداً) (١٢٥) لأنه في يد غيره) يعني في الأولين (أو

في ملك غيره) يعني في الآخر (والصدقة في هذا كالهبة) وكذا إذا وهبت الأم لولدها الصغير وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له) وقيد بقوله وهو في عيالها ليكون لها عليه نوع ولاية وقيد بموت الأب وعدم الوصي لأن غسده وجوده ليس لها ولاية القبض (وكذا كل من يعوله) نحو الأخ والعلم والاجنبى به زلة قبض الهبة لأجل الذم قبل أطلق جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الإيضاح ومختصر المكرخي أن ولاية القبض لهؤلاء إذا لم يوجد واحد من الأربعة وهو الأب ووصيه والجد أو الأب بعد الأب ووصيه فأما مع وجود واحد منهم فلا سواء كان الصبي في عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذارحم محرم منه أو أجنبياً لأنه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله فقيام ولاية من يملك

قال (وإذا وهب الأب لابنه الصغير هبة ملكها الابن بالعقد) لأنه في قبض الأب فينبوب عن قبض الهبة ولا فرق بين ما إذا كان في يده أو في يد مودعه لأن يده كيد بخلاف ما إذا كان موهوباً أو مغصوباً أو مبيعاً ببيعاً فاسداً لأنه في يد غيره أو في ملك غيره والصدقة في هذا مثل الهبة وكذا إذا وهبت له أمه وهو في عيالها والأب ميت ولا وصي له وكذلك كل من يعوله

أحدهما عن الآخر وتغايرهما يجوز زيادة الأعلى عن الأدنى دون العكس فإذا كان الشيء ودبعة في يد شخص أو عارية فوهبه إياه لا يحتاج إلى تجديد قبض لأن كلا القبضين ليس قبض ضمان فكانا متجانسين ولو كان بيده مغصوباً أو يبيع فاسد فوهبه إياه لم يحتج إلى تجديده لأن الأول أقوى فينبوب عن الضعيف ولو كانت ودبعة فباعه منه فإنه يحتاج إليه لأن قبض الامانة ضعيف فلا ينبوب عن قبض الضمان كذا في العناية وغيرها (أقول) يرد على ظاهر قوله أو يبيع فاسد فوهبه إياه أن البيع الفاسد يفيد الملك للمشتري عند اتصال القبض كما مر في باب البيع الفاسد من كتاب البيوع وأشار إليه المصنف فيما ساقى بعد أسطر بقوله أو في ملك غيره في قوله لأنه في يد غيره أو في ملك غيره على ما صرح به الشراح فاطبة هناك فكيف يتصور هبة المقبوض ببيع فاسد وهو ملك الغير حتى يصح قوله فوهبه إياه بعد قوله يبيع فاسد فالحواب أنه قد مر أيضاً في باب البيع الفاسد أن لكل واحد من المتعاقدين بالبيع الفاسد فسحة قبل القبض وبعده رفعاً للفاسد فالمراد بقوله فوهبه إياه فوهبه في البيع الفاسد بعد أن فسح العقد فينتقل الملك إلى البائع فتصح هبته إياه بل لا يبعد أن تجعل نفس الهبة فسحة للبيع الفاسد اقتضاء وقصد بعض الفضلاء توجيه هذا الحل بوجه آخر فقيد قول صاحب العناية أو يبيع فاسد بقوله بلاذن البائع وقال فلا يرد أن المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكاً للقابض على ما سيجي به بعد أسطر فكيف تصح هبته اهـ (أقول) لا يخفى على ذي فطنة أنه لا حاصل لما ذكره إذ لا يتصور بيع فاسد بلاذن البائع لأن البيع مطلقاً لا ينعقد إلا بإيجاب وقبول والإيجاب هو الأذن من البائع لا يقال يحتمل أن يكون مراده بالبائع في قوله بلاذن البائع هو المالك فيجبوز أن يبيع فضولى مال أحد بغير إذن مالكه ببيعاً فاسداً وبقبضه المشتري لا نقول فإن أذن المالك في ذلك يكون البيع باذن البائع أي المالك وإن لم يأذن له فيه لا ينفذ البيع أصلاً فتكون يد القابض يد الغصب أو يد الامانة لا يد القبض بالبيع الفاسد والكلام فيه تدبر (قوله وكذلك كل من يعوله) أي

التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فإذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لثبوت نوع ولاية حينئذ لا ترى أنه يؤديه ويسلمه في المنافع فقيام هذا القدر يطلق حق القبض للهبة لكونه من باب المنفعة وأرى أنه لم يطلق ولكنه اقتصر في التقييد وذلك لأنه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك إذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والأب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف أيضاً لكنه اقتصر على ذكر الجد ووصيه للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام ووصيه كوصي الأب

(قوله أو يبيع فاسد) أقول بلاذن البائع فلا يرد أن المقبوض في البيع الفاسد يكون ملكاً للقابض على ما سيجي به بعد أسطر فكيف تصح هبته (قوله قبل أطلق) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله للعلم بأن الجد الصحيح مثل الأب في أكثر الأحكام) أقول فإنه مشهور أن الجد الصحيح كالأب إلا في أربع مسائل

(وان وهب له صغيراً جني هبة تمت بقبض الاب لانه ملك) الامر (الدائر بين النفع والنفع المقتضى اولى بذلك) قال (واذا وهب لليتيم هبة الخ) اذا وهب لليتيم مال فالقبض الى من له التصرف في ماله وهو وصي الاب او جده اليتيم او وصيه لان له ولاية على اليتيم لقيامهم مقام الاب وان كان اليتيم في حجر أمه أد في كنفها وترتيبها فقبضها له جائز لما تقدم أن لها الولاية وكذا اذا كان في حجر أجنبي يريه لان له بدامعتبره ألا ترى أن أجنبياً آخر لا يمتنع من نزعه من يده فملك ما تمحض نفعاً في حقه لكن بشرط أن لا يوجد واحد من الاربعة المذكورة وان قبض الصبي الهبة بنفسه (١٣١) وهو عاقل جازل لانه نافع في حقه وهو من أهله أي من أهل مباشرة ما يتضمن نفعه له

(وان وهب له أجنبي هبة تمت بقبض الاب) لانه ملك عليه الدائر بين النافع والضار فأولى أن يملك النافع قال (واذا وهب لليتيم هبة بقبضها له وليه وهو وصي الاب او جده اليتيم او وصيه جاز) لان له ولاية ولاية عليه لقيامهم مقام الاب (وان كان في حجر أمه فقبضها له جائز) لان لها الولاية فيما يرجع الى حفظه وحفظ ماله وهما دامن بابه لانه لا يبقى الا بالمال فلا بد من ولاية التصصيل (وكذا اذا كان في حجر أجنبي يريه) لان له عليه بدامعتبره ألا ترى أنه لا يمتنع أجنبي آخر أن ينزعه من يده فملك ما تمحض نفعاً في حقه (وان قبض الصبي الهبة بنفسه جاز) معناه اذا كان عاقل لانه نافع في حقه وهو من أهله وفيما وهب للصغيرة يجوز قبض زوجها الهبة بعد الزفاف فتقبض الاب أمورها الهبة لانه بخلاف ما قبل الزفاف وملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غير هاب حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح

قبض الهبة لاجل اليتيم يصح من كل من يعوله نحو الاخ والعم والأجنبي كذا في الشروح قال صاحب النهاية ومن يحد وحده بعد هذا البيان أطلق في الكتاب جواز قبض هؤلاء ولكن ذكر في الايضاح ويختصر الكرخي ان ولاية القبض لهؤلاء اذ لم يوجد واحد من الاربعة وهم الاب ووصيه والجد أو الاب بعد الاب ووصيه فأما مع وجود واحد منهم فلا سواء كالصبي في عيال القابض أو لم يكن وسواء كان ذا رحم محرم منه أو أجنبياً لانه ليس لهؤلاء ولاية التصرف في ماله فقيام ولاية من يملك التصرف في المال يمنع ثبوت حق القبض له فاذا لم يبق واحد منهم جاز قبض من كان الصبي في عياله لتبوت فوج ولاية حينئذ ألا ترى أنه يؤديه ويسله في الصنائع فقيام هذا القدر من الولاية يطلق حق قبض الهبة لكونه من باب المنفعة اه وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك بقليل وأرى أنه لم يطلق ولكه اقتصر في التقييد وذلك لانه قال وكذلك كل من يعوله وهو معطوف على قوله وكذلك اذا وهبت له أمه وهو مقيد بقوله والاب ميت ولا وصي له فيكون ذلك في المعطوف أيضاً لكنه اقتصر على ذكر الحد ووصيه للعالم بأن الجد الصحيح مثل الاب في أكثر الاحكام ووصيه كوصي الاب اه كلامه (أقول) ليس هذا متوجبه صحيح اذ قد تقر في كتب العربية ان القيد اذا كان مقدماً على المعطوف عليه فالظاهر تقييد المعطوف به كقولنا يوم الجمعة سرت وضربت زيداً وليس ذلك بقطعي ولكنه السابق الى الفهم في الخطايات وأما اذا كان مؤخر عن المعطوف عليه فلا يفهم منه تقييد المعطوف به أيضاً أصلاً وقيد المعطوف عليه فيما نحن فيه مؤخر فلا يدل على تقييد المعطوف به في شيء فيصير محل ما نوهه صاحب العناية (قوله) وملكه مع حضرة الاب بخلاف الام وكل من يعولها غير هاب حيث لا يملكونه الا بعد موت الاب أو غيبته غيبة منقطعة في الصحيح) قال صاحب النهاية قوله في الصحيح متعلق بقوله وملكه مع حضرة الاب أي الزوج قبض الهبة لاجل امرأته الصغيرة مع حضرة أبيها في الصحيح وكان هذا احرازاً عما ذكر في الايضاح بقوله وتأويل هذه المسئلة ان قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حياً

فان قبل عقد الصبي اما أن يكون متبراً أو لا فان كان الثاني وجب أن لا يصح قبضه وان كان الاول وجب أن لا يجوز اعتبار الحلف مع وجود أهليته فالجواب أن عقله فيما نحن فيه من تحصيل ما هو نفع محض معتبر اتوفر المنفعة عليه وفي اعتبار الحلف توفيرها أيضاً لانه يفتح به باب آخر لتحصيلها فكان جائزاً نظر له ولهذا لم يعتبر عقله في المتردد بين النفع والضرب سد الباب المضرة عليه لان عقله قبل البلوغ ناقص فلا يترتب له النظر في عواقب الامور فلا يد من جبره برأى الولي واذا وهب للصغيرة هبة ولها زوج ما ما أن زفت اليه أولاً فان كان الاول جاز قبض زوجها الهبة لان الاب قد فوض أمورها اليه وهي حين زفها اليه صغيرة وأقامه مقام نفسه في حفظها وحفظ ماله وقبض الهبة من حفظ المال لكن لا يبطل بذلك ولاية الاب حتى لو قبضها جاز وكذلك قبضت بنفسها وأطلق

المصنف عن كونها إجماعاً مثل لانه هو الصحيح ومنهم من قال اذا كانت بمن لا يجمع لا يصح قبض الزوج وقال لها وحده والاب لا يجمع عن ذلك فانه يملكه وان حضر الاب في الصحيح وهو احتراز عما ذكر في الايضاح ان قبض الزوج لها انما يجوز اذا لم يكن الاب حياً بخلاف الام وكل من يعولها غير هاب فانهم لا يملكونه الا بعد موت الاب أو بعد غيبته غيبة منقطعة لان تصرف هؤلاء للضرورة لا بتفويض الاب ولا ضرورة مع الحضور وقوله في الصحيح متعلق بقوله يملكه مع حضرة الاب كما ذكرنا

(قوله) وكذا اذا كان في حجر أجنبي) أقول كالقبط (قوله) وجب أن لا يجوز اعتبار الحلف) أقول لكمه معتبر ولهذا يملك بقبض الاب أيضاً (قوله) فالجواب أن عقله الى قوله ولهذا لم يعتبر عقله في المتردد) أقول يعني لم يعتبر عقله في التردد

قال صاحب النهاية وانما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غير هاجيت لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازاً عنها فان كان الثاني فلا معتبر بقبض الزوج لها لان ذلك يحكم أنه يعولها وان له عليها يدا مستغفنة وذلك لا يجوز قبل الزفاف قال واذا وهب انسان من واحد داراً (الخ) واذا وهب انسان داراً من واحد جاز لا تنفاه الشيوخ لان الشيوخ اما أن يكون بالتسليم أو القبض وهما سلباً هاجلة وهو قوله قد قبضها جلة فلا شيوخ وان كانت بالعكس لا يجوز عند أبي حنيفة وقال لا يجوز لان هذه هبة الجلة بينهما لا اتحاد التملك ولا شيوخ في هبة الجلة كما اذارهن من رجلين بل أولى لان تأخير الشيوخ في الرهن أكثر منه في الهبة حتى لا يجوز الرهن في مشاع لا يحتمل القسمة دون الهبة (١٣٧) ثم انه لو رهن من رجلين جاز

فالهبة أولى ولا يحنيفة ان هذه هبة النصف من كل واحد منهم ما ولهذا كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح فصار كالمو وهب النصف لكل واحد منهم ما بعد على حدة وهذا الاستدلال من جانب التملك ولان الملك يثبت لكل واحد منهم ما في النصف وهو غير متمازة كان الشيوخ وهو يمنع القرض على سبيل الكمال وليس منع الشيوخ لجواز الهبة الا لذلك واذا ثبت الملك مشاعاً وهو حكم التملك ثبت التملك كذلك اذا الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك وفيه اشارة الى الجواب عما يقال الشيوخ انما يؤثر اذا وجد في الطرفين جميعاً فاما اذا حصل في أحدهما فلا يؤثر لانه لا يطبق بالمتفرع ضمان القسمة وهو المانع عن جوازها شائعاً ووجه ذلك أن يقال ان سلمنا أن الشيوخ انما يؤثر اذا وجد في الطرفين فهو موجود في الطرفين

لان تصرف هؤلاء الضرورة لا تنقوض الاب ومع حضوره لا ضرورة قال (واذا وهب انسان من واحد داراً جاز) لانهم سلباً هاجلة وهو قد قبضها جلة فلا شيوخ (وا) وهما واحد من اثنين لا يجوز عند أبي حنيفة (وقال لا يصح) لان هذه هبة الجلة منهما اذا التملك واحد فلا يتحقق الشيوخ كما اذارهن من رجلين وله أن هذه هبة النصف من كل واحد منهم ما ولهذا كانت فيما لا يقسم فقبل أحدهما صح ولان الملك يثبت لكل واحد منهم ما في النصف فيكون التملك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوخ

وقال انما قلت هذا لان في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غير هاجيت لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة ليست رواية أخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازاً عنها انتهى كلامه واقتنى أثره صاحب العناية ومعراج الدراية (أقول) فيه نظر لان شيخ الاسلام عواهر زاده قال في مبسوطه ه فمنايخنا من سوي بين الزوج وبين الاجنبي والاب والجد والاخ وقال لا يجوز قبض هؤلاء عن الصغير اذا كان في عيالههم وان كان الاب حاضراً كما في الزوج ومنهم من فرق وقال بان قبض الزوج يجوز على امرأته الصغيرة اذا كانت في عياله حال حضرة الاب وحال غيبته وفي الاجنبي يجوز قبضه للصغير حال عدم قريب آخر للصغير وفيما ذكر من الاقارب حق القبض حال غيبة الاب اذا كان الصغير في عيالههم فلا يكون لهم القبض عن الصغير حال حضرة الاب الى هنا كلامه فظهر منه أن في قوله بخلاف الام وكل من يعولها غير هاجيت لا يملكونه الا بعد موت الاب او غيبته غيبة منقطعة قولاً آخر يخالف القول المذكور فيصح أن يقع قوله في الصحيح احترازاً عنه كما لا يخفى وأنا أنجب من صاحب العناية أنه بعد أن رأى ما صرح به في مبسوط شيخ الاسلام من اختلاف المشايخ في هذه المسئلة مذكورا في غاية البيان مع تفصيلات أخرى بطريق النقل عن مبسوط شيخ الاسلام ذلك الهمام كيف تبع رأى صاحب النهاية في جعل قول المصنف في الصحيح متعلقاً بقوله ويملكه مع حضرة الاب مع كونه بعيداً من حيث اللفظ والمعنى أما بعده من حيث اللفظ فظاهر لانه يقع حيث فصل كثير بين المتعلق والمتعلق به من غير ضرورة تدعوا اليه وأما بعده من حيث المعنى فلا فله لو كان مراد المصنف بقوله في الصحيح هو الاحتراز عما ذكر في الايضاح من أن قبض الزوج انما يجوز اذا لم يكن الاب حياً فقال ويملك مع حياة الاب بدل قوله يملك مع حضرة الأب لان الحضرة انما تقابل الغيبة دون عدم الحياة تأمل تقف (قوله ولان الملك يثبت لكل واحد منهم ما في النصف فيكون التملك كذلك لانه حكمه وعلى هذا الاعتبار يتحقق الشيوخ) قال صاحب العناية في شرح هذا الدليل ولان الملك يثبت لكل واحد

وأما المانع هو الحاق ضمان القسمة بالمتبرع فقد تقدم حاله وليس المانع محصراً به بل الحكم يدور على نفس الشيوخ لا امتناع القبض به (قوله قال صاحب النهاية الى قوله ليست رواية أخرى حتى يقع قوله في الصحيح احترازاً عنها) أقول قال الامام جلال الدين الخباري من مشايخنا من سوي بين الزوج والاجنبي والام والجد والاخ في أنه يجوز قبض هؤلاء عن الصغير متى كان الصغير في عيالههم وان كان الاب حاضراً كما في الزوج ومنهم من فرق الى آخر ما ذكره فحينئذ في قوله ليست رواية أخرى بحث قوله وهذا استدلال من جانب الملك (أقول لو كان تقرر بالدليل ما حرره الشارح انما يقول المصنف فيكون التملك كذلك والظاهر من مساق المصنف أن كلا الجانبين استدلال من جانب التملك



(قوله بخلاف الرهن) جواب عما استشهد به و وجهه أن حكم الرهن الحبس ولا شيوع فيه بل يثبت لكل واحد منهما كلاً ولهذا الوقضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن وذلك لأن رواية الجامع الصغير ليسان ما وقع من الاختلاف بينهما وبين رواية الأصل وذلك لأن رواية الجامع الصغير تدل على أن الشيوع في الصدقة لا يمنع الجواز عنده كما كان يمنع عن جواز الهبة ورواية الأصل تدل على أنه لا فرق بين الهبة والصدقة في منع الشيوع فيهما عن الجواز لأنه سوى بينهما حيث عطف فقال وكذلك الصدقة لتوقفهما على القبض والشيوع يمنع القبض على سبيل الكمال ووجه الفرق على رواية الجامع الصغير أن الصدقة يراد بها وجه الله وهو واحد لا شريك له فيقع جميع العين لله تعالى على الخلو فلا شيوع فيها (١٣٨) وأما الهبة فيراد بها وجه الغنى والقرض انهما اثنتان وقيل هذا هو الصحيح وتأويل

ما ذكر في الأصل الصدقة على غنيين فتكون مجازاً للهبة ويجوز المجاز على ما ذكره في الكتاب أن كل واحد منهما متعلق بغير بدل قال (ولو وهب لرجلين داراً الخ) اعلم أن التفصيل في الهبة إما أن يكون ابتداءً أو بعد الاجال فإن كان الأول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثي شخص وهبت لك ثلثي آخر أو بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه ولا آخر كذلك ولم يذكره في الكتاب وإن كان الثاني لم يجز عند أبي حنيفة مطلقاً أي سواء كان متفاضلاً أو متساوياً مر على أصله وجاز عند محمد مطلقاً على أصله وفرق أبو يوسف بين المساواة والمفاضلة في المفاضلة لم يجز وفي المساواة يجوز في رواية علي ما هو المذكور في الكتاب بقوله وعن أبي

بخلاف الرهن لأن حكمه الحبس ويثبت لكل واحد منهما كلاً إذا تضاعف فيه فلا شيوع ولهذا الوقضى دين أحدهما لا يسترد شيئاً من الرهن (وفي الجامع الصغير إذا تصدق على محتاجين بعشرة دراهم أو وهبها لهم مجازاً ولو تصدق بها على غنيين أو وهبها لهم لم يجز وقال يجوز للغنيين أيضاً) جعل كل واحد منهما مجازاً عن الآخر والصلاحية ثابتة لأن كل واحد منهما متعلق بغير بدل وفرق بين الصدقة والهبة في الحكم وفي الأصل سوى بينهما فقال وكذلك الصدقة لأن الشيوع مانع في الفصلين لتوقفهما على القبض ووجه الفرق على هذه الرواية أن الصدقة يراد بها وجه الله تعالى وهو واحد والهبة يراد بها وجه الغنى وهما اثنتان وقيل هذا هو الصحيح والمراد بالبدل كور في الأصل الصدقة على غنيين ولو وهب لرجلين داراً واحدة لم يجز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يجوز ولو قال لأحدهما نصفها ولا آخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان

منهما في الصف وهو غير ممتاز فكان الشيوع وهو يمنع القبض على سبيل الكمال وليس منع الشيوع لجواز الهبة إلا ذلك وإذا ثبت الملك متاعاً وهو حكم التملك ثبت التملك كذلك إذا الحكم يثبت بقدر دليله وهذا استدلال من جانب الملك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال لو كان تقرير الدليل ما حوره الشارح إنما قول المصنف فيكون التملك كذلك وقال والظاهر من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التملك انتهى (أقول) كأنه فهم من قول صاحب العناية وهذا استدلال من جانب الملك أن مراده أن هذا الاستدلال يتم بجانب الملك فقط فأورد عليه أنه لما حينئذ قول المصنف فيكون التملك كذلك وليس كذلك بل مراده أن مبدأ هذا الاستدلال هو جانب الملك كما يفصح عنه من الابتداءية في قوله من جانب الملك وهذا لا ينافي أن يتفرع عليه كون التملك أيضاً كذلك فيحصل من المجموع تمام الدليل ثم إن قوله والظاهر من مساق المصنف أن كلا الدليلين استدلال من جانب التملك ممنوع كما لا يخفى على الناظر في الكتاب (قوله ولو وهب لرجلين داراً واحدة لم يجز عند محمد ولا آخر نصفها عن أبي يوسف رجحها الله وقال محمد يجوز ولو قال لأحدهما نصفها ولا آخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان) اعلم أن التفصيل في الهبة إما أن يكون ابتداءً من غير سابقة الاجال أو يكون بعد الاجال فإن كان الأول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كالثلث والثلثين أو بالتساوي كالنصف وإن كان الثاني لم يجز عند أبي حنيفة مطلقاً أي سواء كان متفاضلاً أو متساوياً وجاز عند محمد مطلقاً وفرق أبو يوسف بين المفاضلة والمساواة في المفاضلة لم يجز وفي المساواة يجوز في رواية علي ما هو المذكور في الكتاب بقوله وعن أبي

جعل

يوسف فيه روايتان هذا الذي يدل عليه ظاهر كلام المصنف وصاحب النهاية

(قوله فإن كان الأول لم يجز بلا خلاف سواء كان التفصيل بالتفضيل كقوله وهبت لك ثلثي شخص وهبت لك ثلثي آخر أو بالتساوي كقوله لشخص وهبت لك نصفه ولا آخر كذلك ولم يذكره في الكتاب) أقول قوله لشخص متعلق بقوله كقوله وقوله لا آخر متعلق أيضاً والمعنى كقوله لشخص وهبت لك ثلثي وقوله لشخص آخر وهبت لك ثلثي وقوله بالتفضيل بالمساواة وقوله بالتفضيل بالصادق المهيمنة وقوله أو بالتساوي معطوف على قوله بالتفضيل والضمير في قوله ولم يذكره راجع إلى الأول في قوله فإن كان الأول لم يجز بلا خلاف



يجعل قوله ولو قال لاحدهما نصفها والاخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلا ابتداءً بانقل عن عامة النسخ من الخبر والابضاح وغيرهما أنهم لم يجز بلا خلاف وليس بظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر أنه ليس ابتداءً والفرق لأبي يوسف ما ذكره في الكتاب أن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشروع وهو دليل على صورة التفصيل بالتفصيل وعلى صورته بالتساوي على رواية عدم الجواز وأما رواية الجواز فليكونها غير معدولة عن أصله وهو أصل محمد فليست بحاجة إلى دليل وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل أن قوله أن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض نوع إخلال حيث لا يعلم عما ذكر موضع خلافه من الأبعاض وما ليس فيه خلاف من الأبعاض فإنه لو نص على الأبعاض بالتنصيف بعد الاجمال كما في قوله وهما لكما هذه الدار لك نصفها ولهذا نصفها جازاً وانما لا يجوز عنده التنصيص على الأبعاض بالتنصيف اذ لم يتقدمه الاجمال وذلك لانه يستدل على ما عدل فيه عن أصله والمذكور في الكتاب يدل عليه وأما صورة الجواز فليست بحاجة إلى الدليل بل بانها على أصله ووضع دلالة التنصيص على الأبعاض على تحقق الشروع في الهبة بالتنصيص على الأبعاض في الرهن فقال ولهذا لا يجوز اذ ارهن من رجلين ونص على الأبعاض (١٣٩) خلا أنه يستوى فيه المساواة والمفاضلة بناءً

على أصل يصح أن يكون مبنى الجواز ومغذمه في الهبة أيضاً وهو أن التفصيل اذ لم يخالف مقتضى الاجمال كان لغواً كما في التنصيف في الهبة لان موجب العقد عند الاجمال غلظ كل واحد منهما النصف ولم يرد التفصيل على ذلك شيئاً فكان لغواً واذا خالفه كما في التثليث كان معتبراً وبغيره تقرير العقد فكأنه أوجب لكل واحد منهما العقد في جزء سائم حملاً لكلام العاقل على الافادة وكما في الرهن فإن حالة التفصيل فيه تخالف حالة الاجمال لان عند الاجمال يثبت

فأبو حنيفة مر على أصله وكذا محمد والفرق لأبي يوسف أن بالتنصيص على الأبعاض يظهر أن قصده ثبوت الملك في البعض فيتحقق الشروع ولهذا لا يجوز اذ ارهن من رجلين ونص على الأبعاض

### باب الرجوع في الهبة

جعل قول المصنف ولو قال لاحدهما نصفها والاخر نصفها عن أبي يوسف فيه روايتان تفصيلاً ابتداءً كما حيث قال ولو فصل ابتداءً بالتنصيف من غير سابقة الاجمال بأن قال لاحدهما وهبت لهذا نصف الدار ولهذا نصفها لم يجز بلا خلاف هكذا ذكر في عامة النسخ من الخبر والابضاح وغيرهما وذكر في الكتاب عن أبي يوسف فيه روايتان انتهى كلامه وقال صاحب العناية بعد ذكر ما ذهب اليه صاحب النهاية ههنا وليس هذا بظاهر لان المصنف عطف ذلك على التفصيل بعد الاجمال فالظاهر أنه ليس ابتداءً انتهى (أقول) يرشد إلى ما قاله صاحب العناية أن المصنف قال ولو قال لاحدهما نصفها والاخر نصفها ولم يقل ولو وهب لاحدهما نصفها والاخر نصفها اذ لو كان مراده العطف على أول المسئلة الأولى لكانت المسئلة الثانية مسئلة مستقلة مبتدأة فيجب أن يقول ولو وهب بدل ولو قال كما في سائر مسائل الهبة ولما قال ولو قال علم أن مراده العطف على ما في آخر المسئلة الأولى من التفصيل الواقع بعد الاجمال فيكون الفرق بين المسئلتين بوقوع التفصيل بعد الاجمال في الأولى بطريق المفاضلة وفي الأخرى بطريق المساواة انتهى كلامه

### باب الرجوع في الهبة

لما كان حكم الهبة ثبوت الملك للهوب له ملكاً غير لازم حتى يصح الرجوع احتاج إلى بيان مواضع

( ١٧ - تكمله سابع ) حق الحبس لكل واحد منهما في الكل وعند التفصيل لا يثبت

### باب الرجوع في الهبة

قد ذكرنا أن حكم الهبة ثبوت الملك للهوب له غير لازم فكان الرجوع صحيحاً وقد يمنع عن ذلك مانع فيحتاج إلى ذكر ذلك وهذا الباب لبيان (قوله وليس بظاهر) أقول أي ما ذكره صاحب النهاية (قوله لان المصنف عطف) أقول ظاهراً لقربه (قوله على التفصيل بعد الاجمال) أقول فإن قيل ممنوع وما المانع عن العطف على قوله ولو وهب الخ قلنا اتحاد التعليل أي تعديل المفاضلة والمساواة فتأمل (قوله وعلى صورته بالتساوي) أقول الباء متعلقة بالضمير في قوله صورته (قوله وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل الخ) أقول القائل صاحب النهاية (قوله وذلك لانه يستدل) أقول هذا ناظر إلى قوله وبهذا التوجيه يظهر خلل ما قيل الخ (قوله خلا أنه يستوى فيه المساواة) أقول يعني يستوى في الرهن المساواة الخ

### باب الرجوع في الهبة

(قوله وهذا الباب لبيان) أقول فيه بحث

(واذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها) والمراد بالأجنبي ههنا من لم يكن ذارحماً محرم منه فخرج منه من كان ذارحماً وليس محرم كبنى الأعمام والأخوال ومن كان محرم مالم يسبى رحم كالأخ الرضاعي وخرج بالتدكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين أحدهما وسلما له والثاني ولم يقتصر من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتماداً على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه (وقال الشافعي لا يرجع فيها لقوله صلى الله عليه وسلم لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده) رومان بن عمر وابن عباس رضي الله عنهم (ولان الرجوع يضاد التملك والعقد لا يقتضي ما يضافه) (قوله بخلاف هبة الوالد لولده) جواب عما يقال فهذه العلة موجودة في هبة الوالد لولده وقته. يره (١٣٠) انما ذلك لان التملك لم يتم لكونه جزءاً له قوله على أصله) أي على الشافعي فان

من أصله أن للابح حق الملك في مال ابنه لانه جزؤه أو كسبه فالتملك منه كالتملك من نفسه من وجه (ولنا قوله صلى الله عليه وسلم الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أي مالم يعوض) لا يقال يجوز أن يكون المراد به قبل التسليم فلا يكون بهجة لان ذلك لا يصح لان قوله أحق يدل على أن لغيره فيها حق ولا حق لغيره قبل التسليم ولا نعلمو كان كذلك فلما قلناه مالم يثب منها عن الفائدة اذ هو أحق وان شرط العوض قبله

قال (واذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها) وقال الشافعي لا يرجع فيها لقوله عليه الصلاة والسلام لا يرجع الواهب في هبته إلا الوالد فيما يهب لولده ولان الرجوع يضاد التملك والعقد لا يقتضي ما يضافه بخلاف هبة الوالد لولده على أصله لانه لم يتم التملك لكونه جزءاً له ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أي مالم يعوض

الرجوع وموانعه وهذا يابيه (قوله واذا وهب هبة لأجنبي فله الرجوع فيها) قال صاحب النهاية هذا اللفظ يحتاج الى القيود أي اذا وهب هبة لأجنبي أو لذى رحم ليس محرم أو لذى محرم ليس برحم وسلما اليه ولم يقتصرن بهما منع الرجوع من الزوجية والعوض وان زيادة وغيرهما حال عقد الهبة فله الرجوع فيها ما بالقضاء أو بالرضا من غير استحباب بل هو مكروه وبين كون هذه القيود محتاجاً اليها بما لا مزيد عليه وقال صاحب العناية والمراد بالأجنبي ههنا من لم يكن ذارحماً محرم منه فخرج منه من كان ذارحماً وليس محرم كبنى الأعمام والأخوال ومن كان محرم مالم يسبى رحم كالأخ الرضاعي وخرج بالتدكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان ولا بد من قيدين آخرين أحدهما وسلما اليه والثاني ولم يقتصر من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة ولعله تركهما اعتماداً على أنه يفهم ذلك في أثناء كلامه انتهى (أقول) في قوله وخرج بالتدكير في قوله وهب وأجنبي الزوجان خلل فاعش اذ لو قصد بالتدكير في قوله وهب وأجنبي إخراج المؤنت لخرج من هذه المسئلة كل هبة كانت بين المرأتين وكل هبة كانت بين الرجل والمرأة وانما يثب منها الهبة التي كانت بين الرجلين ولا يخفى فساد ذلك بل الصواب ان التدكير الواقع في هذه المسئلة ليس لإخراج المؤنت وانما هو للجرى على ما هو المتعارف في أمثالها من تغليب الذكور على الإناث كما في خطابات الشرع على ما نقرر في علم الأصول وان الزوجين انما يخرجان من هذه المسئلة بثنائي القيد الذين اعترف الشارح المزبور أيضاً لانه لا بد منهما واعتمد على تركهما بما ذكرنا ذلك ان لم يقتصر من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة اذ لا شك ان الزوجية من جملة تلك الموانع \* ثم أقول لما منع أن يمنع انفهام القيد الاول من ذلك القيد في أثناء كلام القدوري في مختصره والعهد في هذه المسئلة على القدوري لانهم من مسائل مختصرة فتأمل (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته مالم يثب منها أي مالم يعوض) لا يقال يجوز أن يكون المراد منه ما قبل التسليم فلا يكون بهجة لانا نقول لا يصح ذلك لانه أطلق اسم الهبة على المال ولا يكون قبل القبض والتسليم ولانه عليه الصلاة والسلام جعله أحق بها وهذا يقتضي أن يكون لغيره فيها حق وذلك انما يكون بعد القبض ولا نعلمو

(قوله ذارحماً محرم) أقول جرحي الجوار (قوله وخرج بالتدكير) قوله وهب وأجنبي الزوجان) أقول فيه أنه لو صرح ما ذكره لخرج المرأتان وكل رجل وامرأة يهب أحدهما لا خربل الوجه حاله فوجه الى القيد الثاني الذي لا بد منه فان النساء يدخلن في أمثال تلك المسئلة بالتبعية على ما علم

(قوله أحدهما وسلما اليه) أقول لا بد من هذا القيد والا لا يكون رجوعاً بل امتناعاً ولا خلاف في جوازه (قوله كان والثاني ولم يقتصر من موانع الرجوع شيء حال عقد الهبة) أقول فيه شيء (قوله والعهد لا يقتضي ما يضافه) أقول من الذي ادعى الاقتضاء (قوله أي على الشافعي) أقول الظاهر أن يقال على أصل الشافعي (قوله فان من أصله الخ) أقول بل الظاهر أن المراد أصله في تجوز الرجوع (قوله ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته) أقول ولك أن تتأمل في احقية الواهب بعد التسليم فان الثابت للوهوب له حقيقة الملك وللواهب حق التملك بالقضاء أو الرضا فكيف يكون الثاني أحق من الاول الآن يقال الاحقية باعتبار أن الواهب حق التملك بالملك اللازم (قوله ولا حق لغيره قبل التسليم) أقول فيه بحث لان للوهوب له حق القبض للتملك في المجلس عندنا على ما مر (قوله ولا نعلمو كان كذلك فلما قلناه مالم يثب منها عن الفائدة الخ) أقول هذا يخرج الى القول بفهم الغاية وقد نفاه الشارح

ولأن المقصود بالعقد هو التعويض للعادة فتثبت له ولاية الفسخ عند فواته إذا العقد يقبله والمراد بما  
روى أنه استمداد الرجوع واثباته للأولاد

كان كذلك لئلا قوله مالم ينش منها عن الفئدة اذ هو أحق وان شرط العوض قبله كذا في النهاية والكفاية وهكذا ذكر في العناية أيضا الا الوجه الاول من الوجوه الثلاثة المذكورة في الجواب وقد أشأ في الكافي أيضا الى تلك الوجوه الثلاثة حيث قال ولنا قوله عليه الصلوة والسلام الواهب أحق به منه مالم ينش منها أي لم يعوض والمراد حق الرجوع بعد التسليم لأنها لا تكون هبة حقيقة قبل التسليم وضافتها الى الواهب باعتبار أنها كانت له كرجل يقول أنا كنا خير فلان الخبز وان كان اشترا منه ولأنه أثبت الواهب حقا أغلب من حق الموهوب له ولا يجمع الحقان وحق الواهب أغلب لا بعد تمام الهبة بالقبض اذ لاحق للموهوب له قبل القبض ولأنه مذهب هذا الحق الى وصول العوض اليه وذاتي حق الرجوع بعد التسليم انتهى ( أقول ) في الوجه الاول والثاني من تلك الوجوه بحث أما في الاول فلان عدم صحة اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض والتسليم ممنوع فان القبض ليس من أركان عقد الهبة بل هو شرط تحقق حكمه كما تقرر فيما مر فكان خارجا عن حقيقة الهبة ولتسليم عدم صحة اطلاق اسم الهبة على المال حقيقة قبل القبض فلم لا يجوز اطلاق ذلك عليه مجازا باعتبار ما يؤهل اليه كافي نحو أرائي أعصر خراوق قد جوزت اضافتها الى الواهب باعتبار أنها كانت له وهذا ليس بأبعد من ذلك وأما في الثاني فلم يرد تقرر في علم العربية أنه يجوز استعمال أفعل مجردا عن معنى التفضيل مؤولا باسم الماعل أو الصفة المشبهة حال كونه عاريا عن اللام والاضافة ومن ومنه قوله تعالى وهو أهون عليه اذ ليس شيء أهون على الله تعالى من شيء فلفظ أحق في هذا الحديث المذكور عار عن الامور الثلاثة المذكورة فلم لا يجوز أن يعتبر مجردا عن معنى التفضيل فيصير المعنى الواهب حقيق به منه مالم ينش منها فلا يقتضي أن يكون لغيره فيها حق نعم الظاهر الشائع أن تكون صيغة أفعل مستعملة في معنى التفضيل لكن المعارض مانع مستند باحتمال أن لا يكون معنى التفضيل مقصودا في الحديث المذكور الذي استدلوا به على جواز الرجوع في الهبة بعد القبض ولا يخفى ان الاحتمال كاف في مقام المنع فادح في مقام الاستدلال على ان لقائل أن يقول لو كان معنى التفضيل مقصودا في الحديث المذكور فصار المراد أن يثبت للواهب في هبته حق أغلب من حق الموهوب له فيما كان الرجوع عنهما مكره اولها قال النبي عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قبته لأن الرجوع حينئذ يصير في حكم تفضيل الناضل وترجيح الغالب فالوجه مجرد أحق في الحديث المذكور عن معنى التفضيل تطبيقا للقامين وتوفيفا للسكالات فتأمل ثم ان بعض الفضلاء قدح في الوجه الثالث أيضا من تلك الوجوه حيث قال هذا يجر الى القول بغيره الغاية وقد نفاه الشارح يعني صاحب العناية ( أقول ) صرح المحقق التفتازاني في التلويح في باب المعارضة والترجيح بأن مفهوم الغاية متفق عليه فكيف ينفيه الشارح المزبور ( قوله ) ان المقصود بالعقد هو التعويض ( للعادة ) لأن اخذ الظاهرة أن الانسان يمدى الى من فوقه ليصونه بمجانته والى من دونه ليعفده والى من يساويه ليعفوه انتهى وقال بعض الفضلاء المفهوم من هذا التقرير خلاف المدعى حيث خص التعويض بالتساويين والمدعى كان أعم انتهى وقد سبقه الى هذا الحل الشارح العيني حيث قال بعد نقل كلام صاحب العناية قلت فعلى هذا ليس له الرجوع الى الثالث ومع هذا الرجوع في النكاح مالم يعرض انتهى ( أقول ) يمكن توجيهه ما ذكر في العناية أن ليس له الرجوع الى الثالث ومع هذا الرجوع في النكاح يساويه ليعفوه هو التعويض المالي وبالتعويض في قوله ان المقصود بالعقد هو التعويض ما به

(ولأن المقصود في الهبة هو التحويل العادة) لأن العادة الظاهرة أن الإنسان يهدي إلى من فوقه ليصونه بجاهه وإلى من دونه لخدمته وإلى من يساويه ليعوضه وإذا تطرق الخلل فيما هو المقصود من العقد يتمكن العاقد من الفسخ كالشترى إذا وجد بالمبيع عيباً فتبطل له ولاية الفسخ عند فوات المقصود إذا العقد يقبله والمراد بما روي نفي استبعاد الرجوع) يعني لا يستقبل الواهب بالرجوع في الهبة ولا ينفرد به من غير قضاء أو رضا إلا الاله

(قوة لأن العادة الظاهرة  
أن الانسان يهدى الى من  
فوقه ليصونه بجأه الخ)  
أقول المفهوم من هذا  
التقرير خلاف المدعى  
حيث خص التعويض  
بالمساوين والمدعى كان أعم

لأنه يملكه الحاجة وذلك يسمى رجوعاً وقوله في الكتاب أنه الرجوع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قبته وهذا الاستقباحه ثم للرجوع موانع ذكر بعضها

التعويض بالصيانة وبالخدمة وبالمال فالخصوص بالتساويين هو التعويض المالي وأما التعويض المطلق فيوجد في الأعلى والادنى والمساوى والتعليل المذكور يشمل الصور الثلاث فلا يضره كون المدعى أعم فإنه يدل على جواز الرجوع في الكل ما لم يعرض تأمل تفهم واعلم أن صاحب العناية ليس بمنفرد في ذلك التقرير بل سبقه إليه صاحب النهاية وغيره فقال في النهاية توضيحه أن مقصوده من الهبة للأجانب العوض والمساواة لأن الإنسان يهتدى إلى من فوقه ليصونه بحاجته وإلى من دونه ليخدمه وإلى من يساويه ليعوضه ومنه يقال لا يادى قروض انتهى \* ثم إن صاحب التسهيل اعترض على أصل هذا الدليل حيث قال أقول على هذا التعليل لو قيدتني العوض ينبغي أن يمنع الرجوع لأنه ظهر أن العوض ليس بمقصود ولكن قوله عليه الصلاة والسلام ما لم يعرض يدل على جواز الرجوع وإن قيدتني العوض انتهى (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأننا لا نسلم ظهور أن العوض ليس بمقصود عند التقييد بنسبي العوض فإن التعويض من الموهوب له ليس بايجاب الواهب إياه والغائب بل بحسب مروة الموهوب له وجرى العادة على التعويض وبنسبي الواهب التعويض لا بقوت ذلك بل ربما يكون نفيه إياه سبباً لهيجان مروة الموهوب له ويجوز أن يقصد ذلك الواهب بنفيه إياه ذلك المعنى ولئن سلمنا ظهور ذلك فنقول الوجه المذكور على نوعه لا يثبت نوع الحكم وذلك لا يستلزم الاطراد في كل صورة كما قالوا مثل هذا في الوجه الثاني من وجهي عدم جواز هبة المشاع فيما يقسم فيما مر فتذكر (قوله لأنه يملكه الحاجة وذلك يسمى رجوعاً) أي باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعاً في الحكم كذا في الكافي وعامة الشروح وقال بعض الفضلاء بل شراء باعني قوله وإن لم يكن رجوعاً في الحكم (أقول) ليس هذا بصحيح لأن المراد بتملك الواهب هنا تملكه بطريق الاتفاق على نفسه لا بطريق الشراء لأن الشراء مما لا أساس له بالهبة فلا يناسب تأويل الحديث المزبور قطعاً ولأن قولهم للحاجة يعين الأول لعدم الاحتياج إلى الحاجة في تملكه بالشراء على أنهم صرحوا بالأول حيث قال في البدائع فإنه يحل له أخذه من غير رضا الولد لإقضاء القاضي إذا احتاج إليه للاتفاق على نفسه انتهى وقال في الكفاية من شروح هذا الكتاب فإنه يستقل بالرجوع فيما يجب لولده عند احتياجه إلى ذلك للاتفاق على نفسه انتهى إلى غير ذلك من المعتبرات (قوله وقوله في الكتاب أنه أن يرجع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله عليه الصلاة والسلام العائد في هبته كالعائد في قبته وهذا الاستقباحه) قال الشارح العيني قيل قد استدل المصنف على كراهة الرجوع بهذا الحديث الصحيح ثم بشرطون في جوازه الرضا أو القضاء فإذا كان الرجوع بالرضا فلا كلام فيه ولا إشكال وأما إذا كان بالقضاء فكيف يسوغ للقاضي الإعانة على مثل هذه المعصية وكيف تكون إعانته على المعصية التي هي معصية أخرى منتجة للجواز إذا كان الرجوع قبل القضاء غير جائز فبعده كذلك لأن قضاء القاضي لا يحل الحرام ولا يحرم الحلال وإنما قضاء القاضي إعانة لصاحب الحق على وصوله إلى حقه فإذا كان الرجوع في الهبة لا يحل لا يصير بالقضاء حلالاً وقد اعترف المصنف بعد ذلك بأن أصل الرجوع في الهبة وهاء فكيف يسوغ للقاضي الإقدام على أمر واهم مكره انتهى كلامه (أقول) هذا الاشكال انما نشأ من عدم الوقوف على أن محل القضاء فيما نحن فيه ماذا فإن الذي كان مكرهاً انما هو نفس الرجوع عن الهبة لا جواز

فإنه ذلك إذا احتاج إليه لحاجته وسمى ذلك رجوعاً باعتبار الظاهر وإن لم يكن رجوعاً في الحكم (وقوله في الكتاب) أي القدوري (قوله الرجوع لبيان الحكم أما الكراهة فلازمة لقوله صلى الله عليه وسلم العائد في هبته كالعائد في قبته وهذا الاستقباحه) لا لضره بل لقوله صلى الله عليه وسلم في حديث آخر العائد في هبته كالكلب يقي ثم يعود حديث شبهه بعود الكلب في قبته وفعله لا يوصف بالحرمة (ثم للرجوع موانع ذكر بعضها) يعني القدوري وقد جمعها القائل في قوله موانع الرجوع في فصل الهبة \* بإصاحبي حروف دمع خرقة فالدال الزيادة والميم موت الواهب أو الموهوب له والعين العوض والخاء خروج الهبة عن ملك الموهوب له والزاي الزوجية والفاء القرابة والهاء هلاك الموهوب وذكر المصنف

(قوله وإن لم يكن رجوعاً في الحكم) أقول بل شراء (قوله وهذا الاستقباحه لا لضره) أقول فيه بحث (قوله بدليل قوله عليه الصلاة والسلام في حديث آخر) أقول لا يظهر في رواية أخرى

( فقال الآن يعوضه عنها المقصود أو تزيد زيادة متصلة ) ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال تورث زيادة في قيمة الموهوب أما اشتراط الزيادة فلان النقص لا يمنع الرجوع وأما اشتراط الاتصال فلان المتصلة لا تمنع فان الجارية الموهوبة اذا ولدت كان للواهب الرجوع وانما منعت المتصلة ( لانه لا وجه الرجوع فيها دون الزيادة لعدم امكان الفصل ولا معها لعدم دخولها تحت العقد ) وأما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة فلانها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا ( ١٣٣ ) فرب زيادة صورة كانت نقصانا

في المعنى كالا مبيع الزائدة مثلاً وطول بالفرق بين الرد بالعيب والرجوع في الهبة في أن الزيادة المنفصلة تمنع الرد بالعيب دون الرجوع في الهبة والمنصلة بالهبة واجب بأن الرد في المنفصلة أما أن يرد على الاصل والزيادة جميعاً أو على الاصل وحده لا سيال الى الاول لان الزيادة امانة تكون مقصودة بالرد أو بالتبعية والاول لا يصح لان العقد لم يرد عليها والفسخ يرد على مورد العقد وكذلك الثاني لان الولد بعد الانفصال لا يتبع الام لاحالة ولا الى الثاني لانه تبت في الزيادة في يد المشتري بجائنا وهو ربا بخلاف الرجوع في الهبة فان الزيادة لو بقيت في يد الموهوب له بجائنا لم تفيض الى الربا وأما في المتصلة فلان الرد بالعيب انما هو ممن حصلت على الهبة فكان فيه اسقاط حقه بوضاه فلا تكون الزيادة

فقال ( الآن يعوضه عنها ) لحصول المقصود ( أو تزيد زيادة متصلة ) لانه لا وجه الى الرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد قال ( أو يموت أحد المتعاقدين ) لان يموت الموهوب له ينتقل الملك الى الورثة فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد اذ هو ما أوجبه قال ( أو يخرج الهبة عن ملك الموهوب له ) لانه حصل بتسليطه فلا يتقضه ولانه تجدد الملك بتجديديه

الرجوع عنها والذي يكون محال للقضاء انما هو جواز الرجوع عنها لانفس الرجوع فان القاضي لا يقول للواهب في حكمه له عند الترافع مع الموهوب له ارجع عن هبتك بل يقول لك الرجوع عنك مع كراهة فيه وليس في قضائه هذا عانة على أمر مكروه بل فيه اجراء حكم شرعي على أصل امتنا وهو جواز الرجوع عن الهبة مع كراهة فيه فان رجع الواهب عنها بعد ذلك كان من تكبها للمكروه بطوع نفسه لا باعانة القاضي عليه وان امتنع الموهوب له بعد ذلك عن دفعها اليه يلزمه القاضي دفعها اليه وليس فيه أيضا الزام المكروه لان دفع الهبة الى الواهب ليس بمكروه بل هو واجب على الموهوب بعد أن رجع الواهب عنها بلا مانع عن الرجوع وان كان نفس الرجوع مكروهاً ثم ان القاضي لا يحلل الحرام ولا يحرم الحلال ولكن يجعل الضعيف قويا والمختلف فيهما متفقاً عليه بتعلق حكمه بذلك كما تقرر في موضعه ثم ان الضعيف اذا كان ناشئاً من اختلاف العلماء في مسألة لا يمنع القاضي عن الاقدام على الحكم بها سيما اذا وافق مذهبه وما نحن فيه من هذا القبيل كما ترى فاندفع الاشكال المذكور بمخالفه هكذا ينبغي أن يفهم هذا المقام ( قوله أو تزيد زيادة متصلة ) قال صاحب العناية ولا بد من قيد آخر وهو أن يقال تورث زيادة في قيمة الموهوب اه ( أقول ) بل من ذلك القيد الآخر بقوله أو تزيد زيادة متصلة لان ما لا يورث زيادة في قيمة الموهوب نقصان في الحقيقة وان كان في صورة الزيادة كما صرحوا به طائفة حتى صاحب العناية نفسه حيث قال فيما بعد وأما اشتراط كونها مؤثرة في زيادة القيمة فلانها لو لم تكن كذلك عادت نقصانا فرب زيادة صورة كانت نقصانا في المعنى كالا مبيع الزائدة مثلاً اه والظاهر أن الاعتبار للمعنى دون الصورة فلا احتياج الى قيد زائد ولقد أحسن صاحب النهاية في البيان ههنا حيث قال ثم اعلم أن المراد من الزيادة المتصلة هو الزيادة في نفس الموهوب بشئ يورث زيادة في قيمة الموهوب كالسمن والجمال أما لو زاد الموهوب في نفسه لكن لا تورث تلك الزيادة زيادة في قيمته فهو ليس بزيادة حقيقة فلا تمنع الرجوع فانه قد يكون الشئ زيادة صورة نقصانا معنى كالا مبيع الزائدة وما أشبه ذلك وقال هكذا كله في الذخيرة \* ثم أقول بقي ههنا شئ وهو أنهم صرحوا بأن الزيادة الصورية التي لا تورث زيادة في القيمة كالزيادة الحاصلة بطول القامة وبالا مبيع الزائدة لا تمنع الرجوع مع أن الدليل الذي ذكره والمنع الزيادة المتصلة الرجوع وهو انه لا وجه للرجوع فيها دون الزيادة لعدم الامكان ولا مع الزيادة لعدم دخولها تحت العقد جار بعينه في تلك الصورة أيضاً فليتأمل

مانعة عنه بخلاف الرجوع في الهبة فان الرجوع ليس برضا ذلك ولا باختياره فكانت مانعة ( واذا مات أحد المتعاقدين بطل الرجوع أيضاً لانه ان مات الموهوب له فقد انتقل الملك الى الورثة ونحو ج عن ملكه فصار كما اذا انتقل في حال حياته واذا مات الواهب فوارثه أجنبي عن العقد اذ هو ما أوجبه وكذلك اذا خرج الهبة عن ملك الموهوب له لانه حصل بتسليطه ولانه تجدد الملك بتجديديه وهو التعليل بتبدل الملك كتبدل العين وفي تبدل العين لم يكن له الرجوع فكذلك في تبدل السبب



قال (فان وهب لا آخر أرضاً بيضاء الخ) هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم والآرى هو المعلق عند العامة وهو الراد عند الفقهاء وعند العرب والآرى الاخيه وهي عروة جبل تشد اليها الدابة في حبسها فاعول من تأرى بالمسكان اذا أقام فيه وقيد بقوله (وكان ذلك زيادة فيها) والوالد العال لان ما لا يكون كذلك أو كان ولكن لعظم المكان بعد زيادة في قطعة منها لا يمنع الرجوع في غيرها وكلامه واضح وقوله (واذا قال الموهوب له الواهب) بيان الالفاظ التي تستعمل في العوض عن الهبة ليقع المدفوع الى الواهب عوضاً يبطل به الرجوع وأما اذا وهب من الواهب شيئاً ولم يعلم الواهب أنه عوض هبة فلكل واحد منهما ما أن يرجع في هبته وليس من شرط العوض أن يساوى الموهوب بل القليل والكثير الجنس وخلافه سواء لانها ليست بمعاوضة محضة فلا يتحقق فيها الربا ولأن ينحصر العوض على الموهوب له بل لو عوضه عنه أجني متبرعاً صريح (واذا قبضه الواهب بطل الرجوع لان العوض لاسقاط الحق فيصير من الاجنبي كبذل الخلع والصلح) لكنه يشترط فيه (١٣) شرائط الهبة من القبض والافراز لانه تبرع ويشترط أن لا يكون العوض بعض الموهوب

مثل أن يكون الموهوب داراً والعوض بيت منها أو الموهوب ألفاً والعوض درهم منها فإنه لا ينقطع بحق الرجوع لاننا علم بيقين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك فلا يحصل به خلافاً لفرق فانه قال الحق ذلك بسائر أمواله وبالقليل من ماله ينقطع الرجوع فكذلك هذا والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح دون سائر أمواله فلم يلتحق به فان

قبل هل في قوله متبرعاً فائدة أو ذكره انتقاماً أحجب بأنه من اثبات الحكم بطريق الأولى وذلك لان الرجوع لما بطل بتعويض المتبرع كان بتعويض الأمور بذلك من الموهوب له أولى أن يبطل لان الموهوب له يؤدي الى المعوض ما أمر به طاهر افصار كتعويضه بنفسه

قال (فان وهب لا آخر أرضاً بيضاء فأثبت في ناحية منها نخلاً أو بئناً أو دكاناً أو آباراً وكان ذلك زيادة فيها فليس له أن يرجع في شيء منها) لان هذه زيادة متصلة وقوله (وكان ذلك زيادة فيها لاشئ) الدكان قد يكون صغيراً حقيراً لا يعد زيادة أصلاً وقد تكون الارض عظيمة يعد ذلك زيادة في قطعة منها فلا يمنع الرجوع في غيرها قال (فان باع نصفها غير مقسوم يرجع في الباقي) لان الامتناع بقدر المانع (وان لم يبع شيئاً منها له أن يرجع في نصفها) لان له أن يرجع في كلها فكذلك في نصفها بالطريقة الاولى قال (وان وهب هبة لذى رحم محرم منه فلا رجوع فيها) لقوله عليه الصلاة والسلام اذا كانت الهبة لذى رحم محرم منه لم يرجع فيها ولان المقصود فيها صلة الرحم وقد حصل (وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر) لان المقصود فيها الصلة كما في القرابة وانما ينظر الى هذا المقصود وقت العقد حتى لو تزوجها بعد ما وهب لها فله الرجوع ولو أبانها بعد ما وهب فلا رجوع قال (واذا قال الموهوب له للواهب خذ هذا عوضاً عن هبتك أو بدلها عنها أو في مقابلتها فقبضه الواهب سقط الرجوع) لحصول المقصود وهذه العبارات تؤدي معنى واحداً (وان عوضه أجني عن الموهوب له متبرعاً فقبض الواهب العوض بطل الرجوع) لان العوض لاسقاط الحق فيصير من الاجنبي كبذل الخلع والصلح

في التوجيه (قوله فان وهب لا آخر أرضاً بيضاء فأثبت في ناحية منها نخلاً) قال صاحب العناية هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم اه أقول وجه التأخير أن المصنف ذكر أن يفضل بين الالفاظ المذكورة بطريق الاستثناء في مسألة مختصر القدوري بذ كرمسلة مستقلة من مسائل الجامع الصغير وهي هذه المسئلة فان المستثنى مع المستثنى منه ككلام واحد فلا ينبغي أن يذكري بينهما كلام آخر مستقل بنفسه وقال بعض الفضلاء في الاعتذار عنه إلا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفرع على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل اه (أقول) ليس هذا بشئ لان المصنف لو قصد سرد أصول الموانع ثم التفرع على الترتيب لما ذكر القرابة المحرمية والزوجة من أصول الموانع بين التفرعات بقوله وان وهب هبة لذى رحم محرم منه فلا رجوع فيها وبقوله وكذلك ما وهب أحد الزوجين للآخر تبصر ترقف (قوله فان باع نصفها غير مقسوم يرجع في الباقي) أقول قيد

ولو عوضه بنفسه لم يبق شبهة في بطلان حق الرجوع فكذلك اذا عوض بأمره غير أن العوض عنه لا يرجع عليه النصف بما عوض سواء كان بأمره أو غير أمره مالم يضمن الموهوب له صريحاً ما اذا كان غير أمره قطاهر وأما اذا كان بأمره فلا ن التعويض لما كان غير مستحق على الموهوب له كان أمره بذلك أمر بالتبرع بحال نفسه على غيره وذلك لا يوجب عليه الضمان مالم يضمن

(قوله هذا نوع من الزيادة المتصلة فكان حقها التقديم) أقول إلا أن المصنف قصد سرد أصول الموانع ثم التفرع على الترتيب وتأخير التعويض لما فيه من كثرة التفصيل (قوله لا يمنع الرجوع في غيرها) أقول ليس في محله (قوله ولا أن ينحصر العوض) أقول معطوف على قوله ان يساوى الموهوب قال المصنف (كبذل الخلع والصلح) أقول قال في الكافي عن دم العمد وانما عقيدته به ليستقيم معنى الاسقاط (قوله لكنه يشترط فيه) أقول يعني يشترط في العوض (قوله لاننا علم بيقين أن قصد الواهب من هبته لم يكن ذلك الخ) أقول مانع هذا اليقين أخذه الواهب عوضاً عن هبته (قوله فلا يحصل به) أقول فيه بحث (قوله والجواب أن الرجوع فيه قبل العوض صحيح الخ) أقول فيه بحث

(واذا استحق نصف الهبة رجع نصف العوض لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع) عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر يرجع بنصف العوض) فاس أحد العوضين على الآخر لان كل واحد منهما مقابل بالآخر كافي بيع العرض بالعرض فانه اذا استحق بعض أحدهما يكون للمستحق عليه أن يرجع على صاحبه بما يقابل (ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء) وما يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء لان البقاء أسهل من الابتداء ولأن ما يصلح أن يكون عوضا عن الكل في الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق اذ به ظهر أنه لا عوض من الابتداء الا هو وعوض بأن الفرض أنه عوض وأجزاء العوض تنقسم على أجزاء المعوض فاذا كان الكل في الابتداء عوضا عن الكل كان النصف في مقابلة النصف فكان عوضا عن النصف ابتداء واجب بأن ذلك في المبادلات تحقيقا لها وما نحن فيه ليس كذلك فليس له الرجوع في شيء من الهبة مع سلامة جزء من العوض بحد كذا من الدليل بخلاف ما اذا كان العوض مشروطا لانها تتم بمبادلة فيوزع البديل على المبدل والجواب عن قياس زفر أن المعوض ذلك الواهب العوض في مقابلة الموهوب قطعا فاعتبر المقابلة والانقسام وأما الواهب فبذلك الهبة ابتداء من غير أن يقابل شيء ثم أخذ العوض على التسقوط حق الرجوع والعلل لا تنقسم على أجزاء الحكم (قوله إلا أنه) أي إلا أن الواهب (بتخير) بين أن يرد ما بقي من العوض ويرجع في الهبة وبين أن يسكه ولم يرجع بشيء (لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم له أن يرد ما بقي من العوض (١٣٥) وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع بالنصف

الذي لم يعوض لان المانع خص النصف) غاية ما في الباب أنه لزوم من ذلك الشيوع لكنه طارئ فلا يضر كالمرجع في النصف بالعوض فان قبل قد تقدم أن العوض لا يسقط الحق فوجب أن يعمل في الكل لئلا يلزم تجزؤ الاستسقاط كما في الطلاق أجيب بأنه ليس باستسقاط من كل وجه لما تقدم أن فيه معنى المقابلة فيجوز التجزؤ باعتبار مختلف الطلاق قال (ولا يصح

قال) (واذا استحق نصف الهبة رجع نصف العوض) لأنه لم يسلم له ما يقابل نصفه (وان استحق نصف العوض لم يرجع في الهبة إلا أن يرد ما بقي ثم يرجع) وقال زفر يرجع بالنصف اعتبارا بالعرض الآخر ولنا أنه يصلح عوضا للكل من الابتداء والاستحقاق ظهر أنه لا عوض الا هو إلا أنه يتخير لأنه ما أسقط حقه في الرجوع إلا ليسلم له كل العوض ولم يسلم له أن يرد (وان وهب دارا فعوضه من نصفها رجع الواهب في النصف الذي لم يعوض) لان المانع خص النصف قال (ولا يصح الرجوع بالبراضيهما أو بحكم الحاكم) لأنه مختلف بين العلماء

النصف في الكتاب بكونه غير مقسوم والظاهر عدم التقييد بذلك كما وقع في عامة المعتمدين اذا الحكم فيما اذا باع نصفه فهاهنا مقسوما كذلك قطعا وتخصيص الشيء بالذكري الروايات يدل على نفي الحكم عما عداه كما صرحوا به وكان وجه التقييد في الكتاب ارادة اثبات الحكم في المقسوم بالطريق الاولى فانه لما صح الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفه فهاهنا مقسوم كان حصة الرجوع في الباقي فيما اذا باع نصفها مقسوما أولى كما لا يخفى وسيأتي التعرض من الشراح لتظهير هذا في قوله وان عوضه أجني عن الموهوب له مبرعا فنصير قوله وقال زفر رجع الله رجع الله بالنصف قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وقال زفر رجع الله رجع بنصف العوض (أقول) هذا سهو فان المراد بالنصف في قول المصنف

الرجوع بالبراضيهما الخ) لا يصح الرجوع في الهبة إلا بالرضا والقضاء لأنه مختلف فيه بين العلماء قيل لان الرجوع عندنا خلافا للشافعي واذا كان كذلك كان ضعيفا فلم يعمل بنفسه في إيجاب حكمه وهو الفسخ ما ينضم اليه قرينة لتقوي بها كالهبة فانها لما ضعفت لكونها تبرعاً لم ينضم اليها القبض وفيه نظر تقدم غير مرة والمخلص حله على اختلاف الصحابة ان ثبت

(قوله ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء وما يصلح الخ) أقول وكذلك في بيع العرض بالعرض وجوابه بأن المراد أن الباقي فيما ليس من المبادلات غير مفيد تأمل (قوله ولأن ما يصلح أن يكون عوضا عن الكل في الابتداء الخ) أقول فيه بحث فان أخذ الوجهين لا يستلزم وجه الملاحظة الآخر ووقع في نسخة مقررة على الشارح هكذا ولنا أن الباقي يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء وما يصلح أن يكون عوضا عن الكل من الابتداء يصلح أن يكون عوضا عنه في البقاء بالاستحقاق اذ به يظهر الخ (قوله فلم يعمل بنفسه في إيجاب حكمه) أقول فيه تسامح لان الرجوع ليس من حكمه والمراد في إيجاب ما هو حكمه (قوله لكونها تبرعاً لم ينضم حكمها ما ينضم اليها لقبض) أقول منقوض بمثل بيع الباقي بالاجور والوزن في قسره أنه لا يجوز عند الشافعي مع أنه يفيد حكمه عندنا بلا انضمام قرينة (قوله وفيه نظر تقدم غير مرة) أقول يعني أن خلاف الشافعي متأخر فكيف ينبي الحكم المتقدم على ما تضمن بعد (قوله والمخلص حله على اختلاف الصحابة ان ثبت) أقول أو التابعين بل هو أول للشافعية ادعاء أصحابنا الاجماع على جواز الرجوع من الصابة رضي الله عنهم

(قوله وفي أصله وهاء) أي في أصل الرجوع ضعف لأنه ثبت بخلاف القياس لكونه تصرفاً في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة المتصلة  
وبغيرها من الموانع قال في المغرب الوهاء بالخطأ وانما هو الوهي وهو خطأ لأن مد المقصور اسماعلي ليس بخطأ وتخطئة مالم يسخط  
خطأ (قوله وفي حصول المقصود وعدمه خفاء) لأن مقصوده منها أن كان التواب فقد حصل وإن كان العوض لم يحصل (ف) إذا تردد (لا بد  
من الفصل بالرضا أو القضاء حتى لو كانت الهبة عبداً فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهل) قبله (لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا إذا هلك  
في يده بعده لأن أول القبض غير مضمون وهذا دوام على ذلك إلا أن عنعه بعد الطلب لأنه تعدى وإذا رجع بالقضاء أو بالرضا كان فسحاً  
من الأصل) وخالف زفر في الرجوع بالتراضي وجعله منزلة الهبة المبتدأة لأن الملك عاد اليه بتراضيهما فاشبه الرد بالعيب فإنه إذا كان  
بالتراضى كان فسحاً وإذا كان بالرضا فهو كالبيع المبتدأ والجواب أن التراضي على سبب موجب للملك أو على رفع سبب لازم يجعل العقد  
ابتداءً أو عتراً تراضياً على رفع سبب (١٣٦) غير لازم وذلك لا يوجب ملكاً مبتدأ بل يكون فسحاً من الأصل (حتى

وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء فلا بد من الفصل بالرضا أو بالقضاء حتى لو كانت  
الهبة عبداً فاعتقه قبل القضاء نفذ ولو منعه فهل لم يضمن لقيام ملكه فيه وكذا إذا هلك في يده بعد  
القضاء لأن أول القبض غير مضمون وهذا دوام عليه إلا أن عنعه بعد طلبه لأنه تعدى وإذا رجع بالقضاء  
أو بالتراضي يكون فسحاً من الأصل حتى لا يشترط قبض الوهاب ويصح في الشائع لأن العقد وقع  
جائزاً وموجباً حتى الفسخ فكان بالفسخ مستوفياً حقا ثابتاً له فيظهر على الإطلاق

وقال زفر يرجع بالنصف انما هو نصف الهبة دون نصف العوض وهذا مع كونه طاهراً من تقرير  
المصنف منصوص عليه في الكافي والكنزية وغاية البيان وغيرها (قوله وفي أصله وهاء) أي في أصل  
الرجوع ضعف قال صاحب الكافي في تعليل ذلك لأن الوهاب إن كان يطالب بحقه فالملو هو ب له يمنع  
بملكه وقال تاج لشريعة لأنه ثابت بخلاف القياس لكونه تصرفاً في ملك الغير ولهذا يبطل بالزيادة  
المتصلة وبغيرها من الموانع واقتنى أثره صاحب العناية والشارح العيني (أقول) في قولهم ولهذا  
يبطل بالزيادة المتصلة وبغيرها من الموانع خلل لأن الرجوع ثابت بخلاف القياس في جميع الصور أي  
فيما يوجد فيه المانع عنه وفيما لم يوجد فيه ذلك لكونه تصرفاً في ملك الغير في الجميع فلا يصح تقرير  
بطلانه في صور يحق المانع عنه على كونه ثابتاً بخلاف القياس إذ لو كان عليه البطلان ذلك لم أن  
يبطل في جميع الصور لعدم انعكاسه عن تلك العلة في صورة فاصواب أن بطلانه بالزيادة المتصلة  
وبغيرها من الموانع لما ذكر من الأدلة المفصلة في مسائلها لا لكونه ثابتاً بخلاف القياس واعتراض  
بعض المتضلاء على قولهم لأنه ثابت بخلاف القياس حيث قال فيه بحث لا تنقاضه بكل ما ثبت بالنص  
على خلاف القياس (أقول) هذا ساقط لأنه إن أراد بانتقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس  
أنه يقتضي أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس ضعيفاً أو المأخوذ في ذلك إذا الظاهر أن كل  
ما ثبت على خلاف القياس ضعيف بالنسبة إلى ما ثبت على وفق القياس ألا ترى أنهم قالوا كل ما ثبت  
بالنص على خلاف القياس من الأحكام يختص بغير النص بخلاف ما ثبت به على وفق القياس وإن

لا يشترط قبض الوهاب  
ويصح في الشائع) كما إذا  
وهب الدار ثم رجع في  
نصفها ولو كان الرجوع  
بغير القضاء هبة مبتدأة لما  
صح فيما يحتمل القسمة  
كما في الابتداء فحتمته  
دليل على بقاء العقد في  
النصف الآخر والشروع  
طارئ لا أثر له فيها (قوله  
لا انعكس) هو الدليل  
على المطلوب وتقريره  
أن هذا العقد جائز الفسخ  
لما تقدم من ثبوت حق  
الرجوع وما هو جائز  
الفسخ يقتضي جواز استيفاء  
حق ثابت له ولا رفق في  
ذلك بين الرضا والقضاء  
لانهما في فعل بالتراضي  
ما يفعل القاضي وهو  
الفسخ فيظهر على  
الإطلاق ليشمل التراضي

والقضاء

أراد

(قوله أنه ثبت بخلاف القياس) أقول فيه بحث لا تنقاضه بكل ما ثبت بالنص على خلاف القياس (قوله قال في المغرب الوهاء بالمد  
خطأ وانما هو الوهي وهو خطأ لأن مد المقصور اسماعلي ليس بخطأ وتخطئة مالم يسخط وهذا خطأ عظيم  
لأن الوهي على وزن الرمي يسكون الهاء ومد منه خطاً لا محالة انتهى أقول والعذر للمصنف أن المد للزوجة (قوله فإذا تردد لا بد من  
الفصل الخ) أقول ظاهره أن قول المصنف فلا بد من الفصل الخ تقرير على قوله وفي حصول المقصود الخ وليس كذلك بل هو متعلق  
بالعلل الثلاث (قوله ولو منعه فهل قبله إلى قوله بعده) أقول يعني هل قبل القضاء وبعد القضاء (قوله والجواب أن التراضي على  
سبب موجب للملك) أقول جواب ابتداء الفرق بين المقيس والمقيس عليه (قوله فحتمته دليل على بقاء العقد في الهدف) أقول فيه بحث  
(قوله وما هو حائز الفسخ يقتضي جواز استيفاء حق ثابت له) أقول الضمير في قوله راجع إلى صاحب الحق (قوله ولا فرق في ذلك بين  
الرضا والقضاء) أقول فيه بحث (ثمولة لانها يفعل بالتراضي ما يفعل القاضي وهو الفسخ) أقول قوله هو راجع إلى ما

بمخلاف الرد بالعيب بعد القبض لأن الحق هناك في وصف السلامة

أراد بذلك أنه يقتضي أن يكون كل ما ثبت بالنص على خلاف القياس موقوفاً على الرضا أو القضاة فهو ممنوع وإنما يكون كذلك لو كان قوله وفي أصله وهاء علة تامة لعدم صحة الرجوع به عن الرضا أو القضاء وليس كذلك بل العلة التامة له بمجموع قوله لأنه مختلف بين العلماء وفي أصله وهاء وفي حصول المقصود وعدمه خفاء ولا تجرى هذه العلة بتامها في كل ما ثبت على خلاف القياس فلا يتقاض به ثم إن الامام المطرزي قال في المغرب الوهاء بالمدخلاً وإنما هو الوهي مصدر وهي الجبل يهي وهيا إذا ضعف اه وقد نقله عنه كثير من الشراح ههنا ولم يتعرضوا له بشئ ونقله عنه صاحب العناية أيضاً وقال وهو خطأ لأن مد المقصور السماعي ليس بخطأ وتخطئه ما ليس بخطأ خطأ اه ولا يذهب على ذي فطنة أن الخطأ ههنا إنما هو في كلام صاحب العناية فإنه زعم أن الوهي في قول صاحب المغرب وإنما هو الوهي مقصور الوهاء وليس كذلك قطعاً بل هو على وزن الفعل بفتح الواو وسكون الهاء كالرمي ومن البين فيه قول صاحب المغرب مصدر وهي الجبل يهي وهيا حيث قال وهيا ولو كان مقصوراً لقال وهيا كما لا يخفى وقد تفتن الشراح العيبني لهذا حيث قال وقول صاحب العناية لأن مد المقصور السماعي ليس بخطأ خطأ لأن جواز مد المقصور السماعي مبني على وجود المقصور حتى يمد والمصدر ههنا على وزن فعل بتسكين العين فنأين يتأني اند اه ولكن خطأ صاحب المغرب بوجه آخر حيث قال فصاحب المغرب مصيب من وجه في قوله وإنما هو الوهي يعني بتسكين العين ومخطئ من وجه في قوله الوهاء بالمدخلاً لأن هذا أيضاً مصدر على وزن فعال كما تقول في قلى بقلى قلى وقلاء على وزن فعال وهاء كذلك وقد قال الجوهري القلى بغض فان فحت القاف مددت قول قلاء يقلبه قلى وقلاء اه كلامه (أقول) أخطأ هذا الشراح أيضاً في تخطئه صاحب المغرب لأن كون الوهاء على وزن بعض المصادر لا يقتضي أن يكون نفسه أيضاً مصدرًا إذ قد تقرر في علم الأدب أن مصدر التلاشي سماعي لا يثبت بالقياس فجاء القلاء مصدرًا من قلى كما ذكره الجوهري لا يقتضي أن يكون الوهاء أيضاً مصدرًا من وهي يهي فان الأول مسموع دون الثاني وقول صاحب المغرب الوهاء بالمدخلاً بناءً على أنه غير مسموع فلا غبار فيه على أن تخطئه إياه في قوله الوهاء بالمدخلاً يناق في تصويبه إياه في قوله وإنما هو الوهي لأن في قوله هذا قصر مصدر وهي يهي على الوهي بتسكين الهاء فكون الوهاء أيضاً مصدرًا منه يناق ذلك قطعاً ثم إن صاحب السكاكي ومن حذاقده ومن الشراح كما حجي الكفاية ومعراج الدراية استدلوا على مستلها هذه بدليل آخر غير مذكور في الكتاب حيث قالوا ولأن الرجوع فسخ العقد فلا يصح إلا بمن له ولاية عامة وهو القاضي أو منهما ولا يتهما على أنفسهما كالرد بالعيب بعد القبض اه (أقول) فيه نظر أما أولاً فلا نه منقوض بفسخ العقد في البيع الفاسد، زد في فصل أحكام البيع الفاسد من كذب البيوع أن المشتري إذا قبض المبيع في البيع الفاسد بأمر البائع وفي العقد عوضان كل واحد منهما مال ملك البيع ولزمته قيمته ثم إن لكل واحد من المتعاقدين فيه فسخ العقد قبل القبض وكذا بعده إن كان الفاسد في صلب العقد ولزمه الشرط أن كان بشرط زائد فصح فسخ العقد هناك من أحدهما بدون رضا الآخر ولا القضاء به فصار الدليل المزبور منقوضاً به بل هو منقوض أيضاً بسائر العقود الغير اللازمة لأن كل واحد من المتعاقدين يتمكن من فسخها بأسرها كما صرحوا به في مواضعه وأما ثانياً فإن قولهم كالدرد بالعيب بعد القبض ليس بسديد إذا الحق هناك للمشتري في وصف السلامة لا في الفسخ والحق ههنا الوهاء في نفس الفسخ كما صرحوا به فيما سبقت وفرقوا بينهما بهذا الوجه فلا يقتضي عدم انفراد المشتري هناك بالفسخ عدم انفراد الواهب ههنا به فلا يتم القياس ولا التشبيه تدبر (قوله) بمخلاف الرد بالعيب بعد القبض لأن الحق هناك في وصف السلامة

وقوله (بمخلاف الرد)  
جواب عن قياس زفسر  
وتقريره أن الرد بالعيب  
بعد القبض إنما كان في  
صورة القضاء خاصة لأن  
الحق هناك في وصف  
السلامة حتى لو زال العيب  
قبل رد المبيع بطل الرد  
لسلامة مقوله

لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ فاذا اتراسيا على ما لم يقتضه العقد من دفعه كان ذلك كابتداء عقد منهما وأما القاضي فانما يقضى أو لا بما يقتضيه العقد من وصف السلامة فان عجز البائع قضى بالفسخ فلم يكن مائت بالتراضي عين ما ثبت بالقضاء فافترا وانما قيد بقوله بعد القبض لان الرد بالعيب قبل القبض فسخ من الاصل سواء كان بالقضاء أو بالرضا فائدة هذا أنه لو وهب لانسان فوهب الموهوب له لا آخر ثم رجع الثاني في هبته كان الاول أن يرجع سواء رجع الثاني بقضاء القاضي أو غيره خلافا لفر في غيره واذا رد المبيع بعيب على البائع قبل القبض فللبائع أن يردّه على بائعه كذلك وبعد القبض ان كان بقضاء فكذلك وان كان بغيره فليس له ذلك قال (واذا تلفت العين الموهوبة الخ) واذا تلف الموهوب فاستحق ضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب (١٣٨) بما ضمن لانه عقد تبرع وهو لا يقتضى السلامة وهو غير عامل له أى الواهب

لا في الفسخ فافترا قال (واذا تلفت العين الموهوبة واستحقها مستحق وضمن الموهوب له لم يرجع على الواهب بشئ) لانه عقد تبرع فلا يستحق فيه السلامة وهو غير عامل له والغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا في غيره قال (واذا وهب بشرط العوض اعتبر التقابض في العوضين وتبطل بالشبوع) لانه هبة ابتداء (فان تقابض اصح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتسحق فيه الشفعة) لانه بيع انتهاه وقال زفر والشافعي رجعهما الله هو بيع ابتداء وانتهاه لان فيه معنى البيع وهو التملك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يترأخى عن البيع الفاسد والبيع من حكمه الزوم

لا في الفسخ فافترا قال صاحب العناية في تعليل قوله لا في الفسخ لان العيب لا يمنع تمام العقد فاذا كان العقد تاما لم يقتض الفسخ انتهى (أقول) فيه بحث لانه ان أراد أنه اذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت لفسخ بالفعل البتة فهو مسلم ولكن الكلام في حق الفسخ لا في ثبوت الفسخ بالفعل البتة فلا يتم التقريب وان أراد أنه اذا كان العقد تاما لم يقتض ثبوت حق الفسخ فهو ممنوع ألا يرى أن عقد الهبة يتم بالقبض بعد الايجاب والقبول ومع هذا يقتضى ثبوت حق الفسخ عندنا بموجب قولنا عليه الصلاة والسلام الواهب أحق بهبته ما لم يهب منها وفوات المقصود بالعقد عادة عند عدم التعويض منها كاتقرر فيما مر فلم لا يجوز أن يثبت للمشتري أيضا حق الفسخ عند تحقق العيب بناء على فوات مقصوده بالعقد وهو سلامة المبيع فلا يظهر في تعليل ذلك أن يقال لان البيع عقد لازم من المعاوضات فيمنع أن يقتضى ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين ليكون ذلك مناقيا للزوم العقد بخلاف عقد الهبة فانه عقد تبرع غير لازم فلا ينافيه ثبوت حق الفسخ لاحد المتعاقدين (قوله ولنا أنه اشتمل على جهتين فيجمع بينهما ما أمكن عملا بالشبهين وقد أمكن) قال صاحب العناية في تقرير هذا الدليل ولنا أنه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما واجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه أولى من اعمال أحدهما انتهى (أقول) فيه مناقشة وهى أن قوله لان اعمال الشبهين ولو بوجه أولى من اعمال أحدهما يفيد أولوية اعمال الشبهين والمدعى وجوب اعمالهما كما ترى فلا تقرب ويمكن دفعها بنهاية فتأمل

احتراز عن المودع فانه يرجع على المودع بما ضمن لانه عامل للمودع في ذلك القبض يحفظها لاجله فان قبل غره بإيجابه الملك له في المحل وأخبره بانه ملكه والغرور يوجب الضمان كالبايع اذا غر المشتري أجاب بأن الغرور في ضمن عقد المعاوضة سبب الرجوع لا مطلقا وقد تقدم وذكر في الذخيرة أن الواهب لو ضمن سلامة الموهوب للموهوب له نصا فان ضمن بهد الاستحقاق رجع على الواهب ولم يذكره المصنف فكان سبب الرجوع اما الغرور في ضمن عقد المعاوضة أو بالضمان نصا فاذا وهب بشرط العوض مثل أن يقول وهبتك هذا العبد على أن تهب لي هذا العبد لأن يقول بالباء فانه يكون بيعا ابتداء وانتهاه بالاجماع

أما اذا كان بلفظ على فانه يكون هبة ابتداء فيعتبر التقابض في العوضين ولم يثبت الملك لواحد منهما (فصل بدون القبض ويبطل بالشبوع فان تقابض اصح العقد وصار في حكم البيع يرد بالعيب وخيار الرؤية وتسحق الشفعة فيه لانه بيع انتهاه وقال الشافعي وزفر هو بيع ابتداء وانتهاه لان فيه معنى البيع وهو التملك بعوض والعبرة في العقود للمعاني ولهذا كان بيع العبد من نفسه اعتاقا وهو ظاهر ولنا أنه اشتمل على جهتين جهة الهبة لفظا وجهة البيع معنى وأمكن الجمع بينهما وكل ما اشتمل على جهتين أمكن الجمع بينهما واجب اعمالهما لان اعمال الشبهين ولو بوجه أولى من اعمال أحدهما أما أنه مشتمل على الجهتين فظاهر وأما امكان الجمع فلما ذكره بقوله لان الهبة من حكمها تأخر الملك الى القبض وقد يوجد ذلك في البيع كافي البيع الفاسد والبيع من حكمه الزوم

(قوله أجاب بأن الغرور الى قوله وقد تقدم) أقول يعني تقدم في المضاربة



وقد وجدنا في الهبة كما اذا قبض العوض واذا انتفى المناقاة أمكن الجمع لاحالة فعلنا بهما واعتبرنا ابتداء بلفظها وهو لفظ الهبة وانتهاء بمعناها وهو معنى البيع وهو التملك بعوض كالهبة في المرض فانها تبرع في الحال صورة ووصية معنى فيعتبر ابتداء بلفظه حتى يبطل لعدم القبض ولا يتم بالشبوع فيما يحتمل القسمة وانتهاء بمعناه حتى يكون من الثلث بعد الدين وهذا لان اللفاظ قوالب المعاني فلا يجوز الغاء اللفظ وان وجب اعتبار المعنى الا اذا لم يمكن الجمع بينهما كما اذا باع المولى عبده من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح أن يكون مالكا لنفسه

**فصل** لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق ذكرها في فصل على حدة قال (ومن وهب جارية الاجلها الخ) اعلم أن استثناء الجمل على ثلاثة أقسام قسم منها ما يجوز فيه أصل العقد ويبطل الاستثناء وقسم منها ما يبطلان فيه جميعا وقسم منها ما يصحان فيه جميعا فالاول ما نحن فيه من الهبة (١٣٩) ومن النكاح والخلع والصلح عن دم العمد فانه

اذا وهب الجارية الاجلها صححت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الجمل لكونه وصفا على ما ينه في البيوع فانقلب شرط الجمل لكونه وصفا والعقد الجمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الجمل لا تحل ايصح فكذا اذا استثنى على ما مر في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرط فاسدا لان اسم الجارية يتناول الجمل تبعالكونه جزءا منها قلنا استثنى الجمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة على ما سيجي وهو طوبل بالفرق بين الجمل وبين الصوف على الظاهر والبن

وقد تنقلب الهبة لازمة بالتعويض فجمعنا بينهما بخلاف بيع نفس العبد من نفسه لانه لا يمكن اعتبار البيع فيه اذ هو لا يصلح مالكا لنفسه **فصل** قال (ومن وهب جارية الاجلها صححت الهبة وبطل الاستثناء) لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الجمل لكونه وصفا على ما ينه في البيوع فانقلب شرط فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة وهذا هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة

**فصل** لما كانت المسائل المذكورة في هذا الفصل متعلقة بالهبة بنوع من التعلق وصارت بمنزلة مسائل شتى ذكرها في فصل على حدة (قوله ومن وهب جارية الاجلها صححت الهبة وبطل الاستثناء لان الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الجمل لكونه وصفا على ما ينه في البيوع فانقلب شرط فاسدا والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة) وتوضح هذا الدليل أن الاستثناء لا يعمل الا في محل يعمل فيه العقد والهبة لا تعمل في الجمل لكونه وصفا والعقد لا يرد على الاوصاف مقصودا حتى لو وهب الجمل لا تحل ايصح فكذا اذا استثنى على ما مر في البيوع فاذا لم يكن الاستثناء عاملا انقلب شرط فاسدا لان اسم الجارية يتناول الجمل تبعالكونه جزءا منها فلما استثنى الجمل كان الاستثناء مخالفا لمقتضى العقد وهو معنى الشرط الفاسد والهبة لا تبطل بالشروط الفاسدة لان الملك في باب الهبة معلق بفعل حسي وهو القبض والقبض لا يفسد بالشروط وانما تؤثر الشروط في العقود الشرعية هذا زبدة ما في الشروح وذ كر صاحب الكفاية دليلا آخر على بطلان الاستثناء بعد أن ذكر ما في الكتاب حيث قال ولان الاستثناء تصرف في اللفظ فلا يعمل الا في الموقوف والجار جزء من أجزائها فيكون في حكم الاوصاف واللفظ يرد على الذات لا على الاوصاف فلا يصح استثناءه لانه ليس بموقوف اه (أقول) فيه بحث اذ لو صح هذا الدليل لدل على بطلان استثناء الجمل في الوصية أيضا لجر بانه فيها بعينه وليس كذلك قطعنا على ما مر حوا به فاطبة وسيأتي في وصايا هذا الكتاب ان من أوصى بجارية الاجلها صححت الوصية

في الضرع فانه اذا وهب الصوف على الظاهر وأمره بجزره أو اللبن في الضرع وحلبه وقبض الموهوب له فانه جائز استحسانا دون الجمل وأجيب بأن ما في البطن ليس بمال أصلا ولا يعلم له وجود حقيقة بخلاف الصوف واللبن وبأن اخراج اللبن من البطن ليس اليه فلا يمكن أن يجعل في ذلك نائباعن الواهب بخلاف الجزا في الصوف والحلب في اللبن (قوله وهذا) أي صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء (هو الحكم في النكاح والخلع والصلح عن دم العمد لانها لا تبطل بالشروط الفاسدة)

**فصل** ومن وهب جارية (قوله فالاول ما نحن فيه من الهبة ومن النكاح) أقول الاولى ترك كلمة من لأن يقل المراد ما نحن فيه في بيان جنسه (قوله وأجيب بأن ما في البطن ليس بمال أصلا ولا يعلم له وجود حقيقة بخلاف الصوف واللبن) أقول فيه عساه أنه انتفاخ على ما مر في البيوع (قوله وهذا) أي صحة أصل العقد وبطلان الاستثناء هو الحكم في النكاح الخ) أقول فان قيل الظاهر أن الاشارة الى عدم البطلان بالشروط الفاسدة قلنا فيلزم المصادرة

(قوله بخلاف البيع والاجارة والرهن) اشارة الى القسم الثاني (لانها تبطل بها) أي بالشروط الفاسدة مدة ولم يذكر القسم الثالث وهو في الوصية وسند كرهه فيها (ولو أعتق (١٤٠) ما في بطنها ثم وهبها جازت الهبة لانه لم يبق الجنين على ملك الواهب) لخروجه عنه

بالاعتاق فلم يكن هبة مشاع فتكون جائزة (وأشبه الاستثناء) في امكان تجوز الهبة (ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز الهبة لان الحمل باطل هوها) باطل هوها (وهي الهبة التي لا تجوز لانها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة أجيب بأن عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لاحالة فأزول منفصلا في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة وكان المصنف لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله (أوهبة شيء هو مشغول بملك الواهب) فهو كما اذا وهب الجواز وفيه طعم الواهب وذلك لا يصح كهبه المشاع الحقيقي فان قيل هل يصح أن تجعل مسألة التدبير مشابهة بالاستثناء ومسئلة الاعتاق غير مشابهة قلت نعم اذا أريد بالاستثناء التام كما هو الباقي بعد التثنية فان الاستثناء بهذا التفسير يورث الشبوح

بخلاف البيع والاجارة والرهن لانها تبطل بها ولو أعتق ما في بطنها ثم وهبها جاز لانها لم يبق الجنين على ملكه وأشبه الاستثناء (ولو دبر ما في بطنها ثم وهبها لم تجز لان الحمل باطل هوها) باطل هوها (وهي الهبة التي لا تجوز لانها هبة مشاع لكنها فيما لا يحتمل القسمة وهي جائزة أجيب بأن عرضية الانفصال في ثاني الحال ثابتة لاحالة فأزول منفصلا في الحال مع أن الجنين لم يخرج عن ملك الواهب فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة وكان المصنف لما استشعر هذا السؤال أردفه بقوله (أوهبة شيء هو مشغول بملك الواهب) فهو كما اذا وهب الجواز وفيه طعم الواهب وذلك لا يصح كهبه المشاع الحقيقي فان قيل هل يصح أن تجعل مسألة التدبير مشابهة بالاستثناء ومسئلة الاعتاق غير مشابهة قلت نعم اذا أريد بالاستثناء التام كما هو الباقي بعد التثنية فان الاستثناء بهذا التفسير يورث الشبوح

الواهب

وكانتا متشابهتين والاعتاق لا يورث ذلك فلم يشابه والمصنف أراد بالاستثناء

استثناء الحمل ومسئلة الاعتاق تشابهه في جواز الهبة والتدبير لم يشابه كما تقدم

(فان وهبها له على أن يردّها عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب داراً أو تصدق) (١٤١) عليه بدار على أن يردّها عليه شيئاً منها

أو يعوضه شيئاً منها فالهبة جائزة والشرط باطل ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يردّ عليه شيئاً منها أو يعوضه لأن الرد عليه لا يستلزم كونه عوضاً فان كونه عوضاً انما هو بالفاظ تقدم ذكرها وانما بطل الشرط لانها فاسدة لمخالفتها مقتضى العقد لان مقتضاه ثبوت الملك مطلقاً بلا توقف فاذا شرط عليه الرد أو الاعتاق أو غير ذلك فقيدها بالهبة لا تبطل بالشرط الفاسدة وأسئل ذلك ما روي أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أجاز العمرى وأبطل شرط العمرى في رجوعها إليه بعد موت المهرله وجعلها مبرأنا لورثة المهرله بخلاف البيع فإنه يبطل بالشرط الفاسدة لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الرابح هو يعمل في المعاوضات والهبة ليست منها قال (ومن له على آخر ألف درهم الخ) ومن له على آخر ألف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك أو أنت منها برىء وقال اذا أدبت الى النصف فك نصفه أو أنت برىء من النصف الباقي فهو باطل لان البراءة تخليصك من وجه الدين من وجهه ابراهه لا يرد بالرد ولا يتوقف على القبول فكان تخليصك من وجهه اسقاطاً من وجهه

قال (فان وهبها له على أن يردّها عليه أو على أن يعتقها أو أن يتخذها أم ولد أو وهب داراً أو تصدق عليه بدار على أن يردّها عليه شيئاً منها أو يعوضه شيئاً منها فالهبة جائزة والشرط باطل) لان هذه الشروط تخلف مقتضى العقد فكانت فاسدة والهبة لا تبطل بها الا ترى أن النبي عليه الصلاة والسلام أجاز العمرى وأبطل شرط المعمر بخلاف البيع لانه عليه الصلاة والسلام نهى عن بيع وشرط ولان الشرط الفاسد في معنى الرابح هو يعمل في المعاوضات دون التبرعات قال (ومن له على آخر ألف درهم فقال اذا جاء غد فهي لك أو أنت منها برىء أو قال اذا أدبت الى النصف فك نصفه أو أنت برىء من النصف الباقي فهو باطل) لان البراءة تخليصك من وجهه اسقاطاً من وجهه وهبة الدين من وجهه ابراهه لا يرد بالرد ولا يتوقف على القبول فكان تخليصك من وجهه اسقاطاً من وجهه

الواهب كونه في حكم مشاع يحتمل القسمة اذ لا شك أن احتمال القسمة وعدم احتمالها لا يدوران على الدخول في الملك والخروج عنه بل على عدم اضرار التبعض وضراره كما عرف فيما مر فلم يتم قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة نعم يلزم من عدم خروج الجنبين عن ملك الواهب كون الجارية الموهوبة مشغولة بملكه كافي هبة الجواني الذي فيه طعمام الواهب ولكنه أمر وراء احتمال القسمة فان قلت المراد بقوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة فكان من قبيل هبة مشغولة بملك الواهب لانه كان مشاعاً يحتمل القسمة حقيقة ولهذا قال يمكن في حكم مشاع يحتمل القسمة ولم يتل فكان مشاعاً يحتمل القسمة ويرشد اليه أن صاحب النهاية قال بعد قوله فكان في حكم مشاع يحتمل القسمة كما في هبة الجواني وفيه طعمام الواهب لم تصح الهبة لان هبة ما هو مشغول بملك الواهب بمنزلة لسيموع في الهبة كمال وجود اختلاط الملك في صورتين جميعاً انتهى (قلت) مورد أصل السؤال قول المصنف فبقى هبة المشاع لا قوله أو هبة شيء مشغول بملك الواهب وما ذكرته انما يصلح توجيهها للثاني دون الاول فادريتم الجواب تأمل تقف ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر السؤال والجواب المزبورين قال وكان المصنف لما استشر هذا السؤال أردفه بقوله أو هبة شيء مشغول بملك الواهب فهو كما اذا واهب الجواني وفيه طعمام الواهب وذلك لا يصح كهبة المشاع الحقيقي انتهى (أقول) قيده كما ذكرته ظاهرة لان الجواب المزبور كان مقبولاً عنده فاستشعار السؤال المسفور لا يقتضي رداف الوجه الاول بشيء آخر لكون ذلك السؤال مندفعاً عن الوجه الاول غير وارد عليه وان لم يكن مرضياً عنده كان عليه بيان خله ولم يبينه قط (قوله أو وهب داراً أو تصدق عليه بدار على أن يردّها عليه شيئاً منها أو يعوضه شيئاً منها فالهبة جائزة والشرط باطل) قال صاحب النهاية هذا على طريق القف والنشر ولا لا يصح أعني ان قوله على أن يردّ عليه شيئاً متصل بقوله أو وهب له داراً أو قوله أو يعوضه شيئاً منها متصل بقوله أو تصدق عليه بدار وانما قلنا هذا لانه لو وصل قوله أو يعوضه شيئاً منها بقوله أو وهب داراً كان هبة بشرط العوض والهبة بشرط العوض صحيح كما مر وانما لا يصح اشتراط العوض في الصدقة لافي الهبة وذلك انما يكون أن لو كان اشتراط التعويض موصولاً بقوله أو تصدق عليه بدار اللهم الا ان أراد بقوله أو يعوضه شيئاً منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار فيصير حينئذ صرف قوله أو يعوضه شيئاً منها الى قوله واذا وهب داراً الا أنه يلزم التكرار المحض من غير فائدة لشيء بقوله على أن يردّ عليه شيئاً منها انتهى كلامه وقد ناقضني أثره صاحب معراج الدراية كما هو دأبه في أكثر المواضع (أقول) في تحريره ما قصور اذ لا يذهب على ذى فطرة سليمة أن معنى قوله أو يعوضه شيئاً منها سيما بعد قوله على

عليه ابراهه لانه يرد بالرد ولا يتوقف على القبول فكان تخليصك من وجهه اسقاطاً من وجهه

أن يرد عليه شيئاً منها انما هو أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض عن كل الدار والمعنى الآخر مما لا يساعده اللفظ الابتعاد بعينه وهو أن يرجع ضمير منها في قوله أو يعوضه شيئاً منها إلى ما هو غير مذكور ههنا أصلاً كلفظ العواض فيصير المعنى أو يعوضه شيئاً من الاعواض لا من الدار فاستبعاد ارادة المعنى الاول كما يشعر به لفظة اللهم الا أن أراد بقوله أو يعوضه شيئاً منها أن يرد بعض الدار الموهوبة على الواهب بطريق العوض لكل الدار مما لا ينبغي بالنظر إلى نفس عبارة الكتاب ثم إن هذه المسئلة من مسائل الجامع الصغير ولفظ الجامع الصغير في هذه المسئلة قطعي في المعنى الاول فانه قال فيه محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يهب للرجل هبة أو يتصدق عليه بصدقة على أن يرد عليه ثلثها أو ربعها أو يعوضه ثلثها أو ربعها قال الهبة جائزة ولا يرد عليه ولا يعوضه شيئاً منها إلى هنا لفظه ولا شك أن ثلث الدار أو ربعها بعض منها فاستبعاد ارادة ذلك المعنى بل تجوز ارادة معنى آخر بالنظر إلى لفظ الجامع الصغير الذي هو مأخذ عبارة الكتاب خطأ ظاهر نكت في لزوم التكرار وسند كرامته علق به وكان الامام الزيلعي تنبيه سماجحة الاستبعاد الذي يشعر به لفظة اللهم الواقعة في كلام الشارحين المذكورين حيث غير في شرح الكنتز أسلوب تحريرهما فقال وقوله أو يعوضه شيئاً منها فيه اشكال فانه ان أراد به الهبة بشرط العوض فهي والشرط جائز ان فلا يستقيم قوله بطل الشرط وان أراد به أن يعوضه عنها شيئاً من العين الموهوبة فهو تكرار محض لانه ذكره بموله على أن يرد عليه شيئاً منها انتهى كلامه (أقول) ولو اطلع على أصل هذه المسئلة وهو ما ذكر في الجامع الصغير لترك التردد أيضاً بل قصر إلى الشق الثاني ليكون ذلك نصافي هذا الشق ثم يثبت عليه آفة ثم إن صاحب العناية كانه قد اطلع على أصل المسئلة أيضاً حيث لم يتعرض للشق الاول أصلاً بل ساق كلامه على أن يتقرر الشق الثاني ولا يلزم التكرار فقال ولا يتوهم التكرار في قوله على أن يرد عليه شيئاً منها ويعوضه لان الرد عليه لا يستلزم كونه عوضاً فان كونه عوضاً انما هو بألفاظ تقدم ذكرها انتهى (أقول) فيما قاله نظر لان الرد عليه وان لم يستلزم التعويض البتة ولم يختص به الا أنه يشمل ذلك ويعمه اذ يصدق على كل شيء من الدار الموهوبة أعطاه الموهوب به الواهب عوضاً عن كل الدار أنه مردود على الواهب فكان قوله على أن يرد عليه شيئاً منها مغنياً عن قوله أو يعوضه شيئاً منها فلم يكن في ذكر الثاني فائدة وهذا امر ادمي ادعى لزوم التكرار على تقدير كونه قوله أو يعوضه شيئاً منها مصروقاً أيضاً إلى الهبة دون التصديق وليس مراده انما لزوم الاتحاد في المفهوم أو في الصدق بين القولين المزبورين على ذلك التقدير حتى يفيد ما ذكره صاحب العناية قال صدر الشريعة في شرح الوفاية في هذا المقام رأيت في بعض الحواشي أن قوله أو يعوضه شيئاً منها يرجع إلى التصديق فانه اذا تصديق بشرط العوض بطل الشرط واذا وهب بشرط العوض فالشرط صحيح (أقول) اذا وهب بشرط أن يعوض شيئاً فالشرط باطل وشرط العوض انما يصح اذا كان معلوماً فعمل أن قوله أو يعوضه يرجع إلى الهبة والصدقة إلى هنا كلامه وأقول التوجيه الذي ذهب اليه صدر الشريعة خلاف ما أراد واضح هذه المسئلة فان واضعها الامام محمد رحمه الله وموضعها الجامع الصغير ولفظه فيه أو يعوضه ثلثها أو ربعها ولا يخفى أن ثلث الدار أو ربعها امر معين معلوم فكان وضع المسئلة فيما اذا كان العوض معلوماً الا أن مشايخنا المصنفين لما قصدوا الاجمال غير واعباراً بالجامع الصغير في هذه المسئلة فقالوا أو يعوضه شيئاً منها فلفظ شيئاً من كلامهم لا من كلام الواهب حتى يتوهم اشتراط العوض المجهول ثم إن بعض العلماء رد على صدر الشريعة بوجه آخر حيث قال فيه كلام وهو أن المفهوم من هذا القول انه اذا وهب

والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعناق فلا يتعداها الى ما فيه تملك فان قيل قولهم هبة الدين ممن عليه الدين لا تتوقف على القبول منقوض بدين الصرف والسلم فان رب الدين اذا ابرأ المدين منه أو وهبه له توقف على قبوله أحب بأن توقفه على ذلك لا من حيث انه هبة الدين بل من حيث انه يوجب انفساخ العقد بقوات القبض المستحق بعقد الصرف وأخذنا عقدين لا ينفرد بفسخه فهذا توقف على القبول (قوله قلنا انه يرتد بالرد) بقيد (٤٣١) باطلاقة أن عمل الردي في المجلس وغيره

سواء هو المروي عن السلف

وقال بعضهم يجب أن يرد

في مجلس الابرأ والهبة

وقوله (بالاسقاطات المحضة

التي يحلف بها) هذا اشارة الى

أن من الاسقاطات المحضة

ما لا يحلف بها أي لا يقبل

التعليق بالشرط كالخبر على

المأذون وعزل الوكيل والابرأ

عن الدين منها ومنها ما يحلف

بها (كالطلاق والعناق)

وغيرهما (والعمري) وهو أن

يجعل داره لشخص عمره

فاذا مات ترد عليه (جائز

لعمري في حال حياته ولورثته من

بعده لما رويناه) أنه صلى الله عليه

وسلم أجاز العمري (والشرط)

وهو قوله فاذا مات ترد عليه

(باطل لما رويناه) أنه عليه

الصلاة والسلام أبطل شرط

المعمر وبطلانه لا يؤثر في

بطلان العقد لما بينا أن

الهبة لا تبطل بالشرط

الفاسد فيكون قوله داري

للكهبة (والرقبي) وهو أن

يقول الرجل لغيره داري

للكرقبي (باطلة عند أبي

حنيفة ومحمد) لا تغني ملك

الرقبة وانما يكون عارية

عنده يجوز للعمري أن يرجع

قلنا انه يرتد بالرد ولا يتوقف على القبول والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها كالطلاق والعناق فلا يتعداها (والعمري جائز لعمري حال حياته ولورثته من بعده) لما رويناه ومعناه أن يجعل داره عمره واذا مات ترد عليه فيصح التملك ويبطل الشرط لما رويناه وقدينا أن الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد (والرقبي باطلة عند أبي حنيفة ومحمد رجهما الله وقال أبو يوسف جائز) لان قوله داري لك تملك وقوله رقبتي شرط فاسد كالعمري ولهم أنه عليه الصلاة والسلام أجاز العمري ورد الرقبتي

بشرط أن يعوضه شيئا معيناً من الموهوب يصح الشرط لان العوض معلوم مع أنه ليس كذلك اذ قد صرح في غاية البيان بأنه اذا وهب داراً أو خمسة دراهم بشرط أن يعوضه بيتاً معيناً أو درهماً واحداً من تلك الدراهم تصح الهبة والشرط فاسد لان بعض الهبة لا يصلح أن يكون عوضاً وللواهب أن يرجع في هبته لانعدام العوض وقال ذلك البعض ومن هذا يظهر فساد ما في بعض الخواشي أيضاً كما لا يخفى انتهى (أقول) كلامه ناشئ من عدم تقيق المقام وفهم المرام فان مدار ما رآه صدر الشريعة في بعض الخواشي وما ذكره نفسه في ذلك على أن يكون المراد بالتعويض في قوله أو يعوضه شيئا منها هو التعويض بعوض خارج عن العين الموهوبة فالمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ومما ذكر في بعض الخواشي انما هو كون شرط العوض المعين الخارج عن العين الموهوبة صحيحاً والامر كذلك بل اذ يرب وما صرح به في غاية البيان بل في عامة المعبرات هو أنه اذا شرط الواهب أن يعوضه بعضاً من العين الموهوبة تصح الهبة ويفسد الشرط وهذا أيضاً امر مقرر لا عند زفر ولكن كون الشرط صحيحاً في هذه الصورة ليس بمفهوم مما ذكره صدر الشريعة ولا مما ذكر في بعض الخواشي فلا يرد عليهم ما توهمه ذلك البعض نعم يرد على مدارهما أنه مما لا يساعد اللفظ أصلاً في أصل وضع هذه المسئلة كما ثبت عليه فيما مر ولكن كلام آخر فليتأمل جداً فان تحقيق هذا المقام على هذا المنوال والتدقيق فيما صدر عن القوم من الاقوال مما لم أسبق اليه فأشكر الله تعالى وأوكل عليه (قوله والتعليق بالشرط يختص بالاسقاطات المحضة التي يحلف بها) قال صاحب العناية هذا اشارة الى أن من الاسقاطات المحضة ما لا يحلف بها كالخبر على المأذون وعزل الوكيل والابرأ عن الدين منها اه (أقول) في قوله والابرأ عن الدين منها اخطأ ظاهر اذ قد مر أنما أجاز الابرأ تملك من وجه اسقاط من وجهه فكيف يكون من الاسقاطات المحضة فكأنه غفل عن قيد المحضة وهذا عيب منه (قوله وقال أبو يوسف جائز لان قوله داري لك تملك وقوله رقبتي شرط فاسد كالعمري) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام عند أبي يوسف جائز لان قوله داري لك هبة وقوله رقبتي شرط فاسد لانه تعليق بالخطر ان كان الرقبتي مأخوذاً من المراقبة وان كان مأخوذاً من الارقاب فكأنه قال رقبته داري لك فصار كالعمري انتهى (أقول) في الصورة الثانية بحث اذ على تقدير أن يكون معنى قوله داري لك رقبتي عند كونه الرقبتي مأخوذاً من الرقبته رقبته داري لك لا يثبت قوله وقوله رقبتي شرط فاسد اذ لا فساد لان يقال رقبته داري لك في شيء كما ترى ولا

فيه وبعده في أي وقت شاء لانه تضمن اطلاق الانتفاع (وعند أبي يوسف جائز لان قوله داري لك هبة وقوله رقبتي شرط فاسد) لانه تعليق بالخطر ان كان الرقبتي مأخوذاً من المراقبة وان كان مأخوذاً من الارقاب فكأنه قال رقبته داري لك فصار كالعمري (ولهم) ما روى الشعبي عن شريح (أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العمري ورد الرقبتي ولان معنى الرقبتي عند ما أن يقول ان من قبلك فهو لك أخذت من المراقبة كأنه يراقب مونه وهذا تعليق بالخطر فيكون باطلا)

(قوله فيكون قوله داري لك هبة) أقول قوله هبة حبر يكون (قوله وانما يكون عارية عنده يجوز للعمري أن يرجع الخ) أقول فيه بحث والظاهر للعمري



(وقوله ولان معنى الرقي عندهما) يشير الى أن أبابوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقة كما ذكرنا وقيل عليه أن اشتقاق الرقي من الرقة مما يقل به أحد وابداع الشيء في اللغة بعد استقرارها لا لاجل ما عنه مندوحة ليس يستحسن فان قيل فما جواب ما عن حديث جابر رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم أجاز العري والرقي أجيب بأنه محمول على أنه صلى الله عليه وسلم سئل عن الرقي مفسرا بوجهه (١٤٤) واضح صحيح فأجاب بجوازه والله تعالى أعلم

ولان معنى الرقي عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة كأنه يراقب موته وهذا تعليق التملك بالخطر قبطل واذا لم تصح تكون عارية عندهما لانه يتضمن اطلاق الاستغناء به  
فصل في الصدقة (قوله) والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة (فلا تجوز في مشاع محتمل القسمة) لما ينشأ في الهبة (ولارجوع في الصدقة) لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق على غنى استحسننا لانه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل قال (ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة ومن نذر أن يتصدق بملك له ان يتصدق بالجميع) ويروي أنه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء (ويقال له أسسك ما تنفق على نفسك وعيالك الى أن تكنسب فاذا كنسب ما لا يتصدق بمثل ما تنفق) وقد ذكرناه من قبل

ينم قوله فصار كالعمرى كما لا يخفى (قوله) ولان معنى الرقي عندهما ان مت قبلك فهو لك واللفظ من المراقبة الخ) قال صاحب العناية يشير الى أن أبابوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر وهو أن يجعلها من الرقة كما ذكرنا وقيل عليه أن اشتقاق الرقي من الرقة مما يقل به أحد وابداع الشيء في اللغة بعد استقرارها لا لاجل ما عنه مندوحة ليس يستحسن الى هنا كلامه (أقول) لاشك أن المصنف يشير بقوله المذكور الى أن أبابوسف قال بجوازها لا بهذا التفسير بل بتفسير آخر ولكن ليس مراده بتفسير آخر ما ذكره الشارح المزبور وهو أن يجعلها من الرقة حتى يقبض عليه ان اشتقاق الرقي من الرقة مما يقل به أحد بل مراده بذلك ما نبه عليه صاحب الكافي وجه الشرح بقولهم وحاصل الاختلاف بينهم راجع الى تفسير الرقي مع اتفاقهم انها من المراقبة فحمل أبابوسف هذا اللفظ على أنه تملك للحال مع انتظار الواهب في الرجوع فالتملك جائز وانتظار الرجوع باطل كافي العري وقال المراقبة في نفس التملك لان معنى الرقي هذه الدار لا آخر ناموتا كأنه يقول أراقب موتك وترقب موتي فان مت قبلك فهي لك وان مت قبلي فهي لي فكان هذا تعليق التملك ابتداء بالخطر وهو موت المالك قبله وباطل انتهى قولهم فعلى هذا لا يتجه عليه أصلا ما ذكره صاحب العناية بقوله وقيل عليه أن اشتقاق الرقي من الرقة مما يقل به أحد الخ كما لا يخفى ثم ان صاحب غاية البيان قال في هذا المقام وعندى قول أبى يوسف أصح اذا غاب ما في الباب أن يقال الشرط فاسد ولا يلزم من فساد الشرط فساد الهبة لان الهبة لا تبطل بالشرط الفاسد كافي العمرى انتهى (أقول) فيه نظر لان الهبة انما لا تبطل بالشرط الفاسد اذا لم يمنع الشرط ثبوت التملك ابتداء وأما اذا منع ذلك فلا مجال لأن لا تبطل الهبة به ضرورة امتناع تحقق الهبة بدون تحقق التملك وبما نحن فيه يمنع الرقي ثبوت التملك ابتداء على تفسيرهما إياها كما تحققته أنفا ويؤيد هذا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال وصح العمرى للعمرى حال حياته ولو رثته من بعده ولو قال دارى لك رقي أو حبيس فهو باطل عند محمد وأبي حنيفة خلافا لأبي

فصل في الصدقة (قوله) والصدقة كالهبة لا تصح الا بالقبض لانه تبرع كالهبة (فلا تجوز في مشاع محتمل القسمة) لما ينشأ في الهبة (ولارجوع في الصدقة) لان المقصود هو الثواب وقد حصل وكذا اذا تصدق على غنى استحسننا لانه قد يقصد بالصدقة على الغنى الثواب وكذا اذا وهب لفقير لان المقصود الثواب وقد حصل قال (ومن نذر أن يتصدق بماله يتصدق بجنس ما يجب فيه الزكاة ومن نذر أن يتصدق بملك له ان يتصدق بالجميع) ويروي أنه والاول سواء وقد ذكرنا الفرق ووجه الروايتين في مسائل القضاء (ويقال له أسسك ما تنفق على نفسك وعيالك الى أن تكنسب فاذا كنسب ما لا يتصدق بمثل ما تنفق) وقد ذكرناه من قبل  
ليس بواجب فلا يقطع بمحصله ويمكن أن يقال المراد به حصول الوعد بالثواب فاذا تصدق على غنى بطل الرجوع استحسننا وفي القياس له الرجوع لان الغرض منه حصول العوض ووجه الاستحسان أن الصدقة على الغنى قد يراد بها الثواب واذا وهب اتفق فكذلك لان المقصود الثواب وقد حصل وعن هذا ذهب بعض أصحابنا الى أن الهبة والصدقة على الغنى سواء في جواز الرجوع كما انها سواء في حق الفقير في عدمه ولكن العامة قالوا في

ذكره لفظ الصدقة دلالة على انه لم يقصد العوض والتصدق على الغنى لا ينشأ الرقة (قوله) ومن نذر أن يتصدق بماله يوسف الخ) ذكرنا هذه المسئلة مع وجوهها في مسائل القضاء فلا يحتاج الى الاعادة ههنا والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب واليه المرجع والمآب

فصل في الصدقة (قوله) فان حصول الثواب في الآخرة فضل من الله تعالى ليس بواجب فلا يقطع بمحصله (أقول) كان يمكن في الاراد أن يقال حصول الثواب انما هو في الآخرة فكيف يصح أن يقال وقد حصل مع أنه مقطوع بالحصول فيها لان الله تعالى لا يتخلف اليه عاد

## كتاب الاجارات

لما فرغ من بيان أحكام تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان أحكام تمليك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع وسند كرمعنى الاجارة لغة وشريعة وانما جعلها اشارة الى انها حقيقة ذات افراد فان لها نوعين نوع برز على منافع الاعيان كاستئجار الدور والاراضي والذواب ونوع برز على العمل كاستئجار المحترفين للاعمال نحو القسارة والخياطة ونحوهما ومن محاسنها دفع الحاجة بقليل من البدل فان كل احد لا يقدر على دار (١٤٥) يسكنها وجمام يغتسل فيها وابل

تحمّل أثقاله الى بلد لم يكن يبلغه الا بمشقة النفس وسببها ما مر غير مرة من تعلق البقاء المقدور بسعاطيا واما شرطها فيعالمية البدلين واما ركبتها فالاجاب والقبول بلفظين ماضيين من الاقضاء الموضوعية لعقد الاجارة واما حكمها ودليل شرعيتها فسيذكر ان شاء الله تعالى قال (الاجارة عقد على المنافع بعوض الخ)

### كتاب الاجارات

(الاجارة عقد على المنافع بعوض)

يوسف والاصل ان الشرط في الهبة اذا كان يمنع ثبوت الملك للحال يمنع صحة الهبة وان كان لا يمنع ذلك صح الهبة ويطلب الشرط ثم تفسير العمري ان يقول جعلت هذه الدار لك عمرًا فانما تمت فهي رد على فيصح الهبة لان هذا الشرط لا يمنع أصل التمليك وتفسير الحبيس أن يقول هي حبيس عندي فان تمت فهي لك وتفسير الرقي أن يقول هذه الدار لا خزانة وناوحي من الرقابة لان كل واحد منهم اراقب موت صاحبه كأنه يقول اراقب موتك وتراقب موتي فان تمت فهي لك وان تمت فهي لي فهي باطله لان هذا الشرط يمنع ثبوت الملك للحال الى هنا كلامه فاضعل ما قاله صاحب العناية

### كتاب الاجارات

لما فرغ من بيان أحكام تمليك الاعيان بغير عوض وهو الهبة شرع في بيان أحكام تمليك المنافع بعوض وهو الاجارة وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع ولان في الاولى عدم العوض والعدم مقدم على الوجود ثم لعقد الاجارة مناسبة خاصة بفصل الصدقة من حيث انهما يقعان لازمين فلذلك اورد كتاب الاجارات متصلا بفصل الصدقة كذلك في الشروح قال صاحب العناية وانما جعلها اشارة الى انهم احقيقة ذات افراد فان لها نوعين نوع برز على منافع الاعيان كاستئجار الدور والاراضي والذواب ونوع برز على العمل كاستئجار المحترفين للاعمال نحو القسارة والخياطة ونحوهما اه (أقول) فيه اختلال لانه ان اراد بالافراد في قوله ذات افراد الاشخاص الجزئية كما هو المتبادر من لفظ الافراد لم يحصل فائدة في جمعها فلا يحتمل عند أحد أن يكون سابقته افراد واحد شخصي أو فردان شخصيان فقط حتى يجمعها الاشارة الى أن ذات افراد كثيرة على ان قوله ذات افراد نوعين يطابق المدعى حينئذ كما لا يخفى وان اراد بالافراد في قوله المزبور انواع الكلية لم يتم بيانه بقوله فان لها نوعين الخ ادع مجرد تحقق النوعين لها لا يصح ايرادها بصيغة الجمع على ما هو المذهب المختار من كون أقل الجمع ثلاثة وأما الحمل على ما هو المذهب الصحيح من كون أقل الجمع اثنين فما لا ينبغي أن يرتكب ويبنى عليه كلام المصنف الذي هو عدم في التحقيق فالق عندى أن يقال انما جعلها اشارة الى أن لها أنواعا مختلفة نوع تصير المنفعة فيه معلومة بالمدّة كاستئجار الدور للسكنى ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صنع ثوب أو خباطته ونوع تصير المنفعة فيه معلومة بالتعيين والاشارة كاستئجار رجل لينقل هذا الطعام الى موضع معلوم وهذه الأنواع الثلاثة هي التي أشير اليها في الكتاب بقوله والمنافع تارة تصير معلومة بالمدّة وتارة تصير معلومة بالتسمية وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة على ما سياتي تفصيلها عن قريب (قوله الاجارة عقد على المنافع بعوض) قال بعض الفضلاء ولو قال تمليك المنافع أو شيء لكان أولى لعدم تنويع النكاح

### كتاب الاجارات

(قوله وقدم الاولى على الثانية لان الاعيان مقدمة على المنافع) أقول والعدم أيضا مقدم على الوجود وأيضا تجرى الهبة من الاجارة مجرى المفرد من المركب حيث لا يشترط فيها العوض أو حيث تلزم هي دون الهبة (قوله ذات افراد) أقول الظاهر أن يقال ذات انواع (قوله نوع برز على منافع الاعيان) أقول أى المنافع التي ليست من الاعمال قال المصنف (الاجارة عقد على المنافع بعوض) أقول

(١٩ - تكمله سابع)

لو قال تمليك المنافع أو نحوه لكان أولى لعدم تناوله النكاح فانه ليس بتمليك وانما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزايعي بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله الآن يقال المراد عقد تمليك بقرينة الشهرة فلستأمل ثم اعلم أن ما ذكره الزايعي من قوله النكاح ليس بتمليك بل هو باحة مخالف لما سبق في أوائل كتاب النكاح من أنه سبب الملك المنفعة ولهذا لا ينبغي لفظ الاباحة فتدبر ثم أقول لم يقيد المنافع بالمعلومية كما فعل البعض قصدا الى تعميم التعريف للاجارة الفاسدة على أن من قيد ان اراد تعريف الصحيحة لم يصح لشموله الفاسدة الشرط الفاسد وبالشيوع الاصل وان عم فلا حاجة الى التقييد

### لان الاجارة في اللغة بيع المنافع

فانه ليس بتملك وانما هو استباحة المنافع بعوض كما صرح به الزيلعي بخلاف تعريف الكتاب حيث يشمله الا ان يقال المراد عقد تملك بقرينة الشهرة فليتام له كلامه (أقول) ليس هذا بسديد اذ لو قال تملك المنافع ونحوه لم يتفاوت الامر فان النكاح أيضا تملك قطعاً لاستباحة محضه والا لما وجب الاعتياض عنه بل لما جاز وقد اصبوا عن هذا في أول كتاب النكاح حيث فسر والنكاح في الشرع في عامة الشروح بل المتن بأنه عقد موضوع لتمليك المتعة وقالوا المستوفى بالنكاح مملوك للعاقدة بدلالة جواز الاعتياض وبدلالة انه اختص به انتفاعاً وجراً وقالوا لا ينعقد النكاح بلفظ الاباحة والاحلال لانه ليس بسبب ملك المتعة وما ذكره الزيلعي ههنا في شرحه للكفر من ان النكاح ليس بتملك وانما هو استباحة المنافع بعوض مناقض لما اجمعوا عليه في كتاب النكاح من ان النكاح تملك حتى ان صاحب الكفر نفسه أيضاً صرح في أول النكاح بأنه عقد يرد على تملك المتعة قصد اوجاف مخالف لما تقر وعندهم من ان الاعتياض لا يجوز في الاباحة فان من أباح شيئاً فانما يتلفه على ملك المبيع فلم يكن ذلك مما يعتد به ويلتفت اليه والعجب ان ذلك البعض قال بعد كلامه المزبور ثم اعلم ان ما ذكره الزيلعي من قوله النكاح ليس بتملك بل هو اباحة مخالف لما سبق في أوائل كتاب النكاح من انه سبب ملك المتعة ولهذا لا ينعقد بلفظ الاباحة اهـ ولا يخفى ان بين كلاميه تدافعا فان مدار الاول صحة ما ذكره الزيلعي ومقتضى الثاني عدم صحته لكونه مخالفاً لما تقر فيما سبق \* ثم أقول يمكن أن يقال في دفع تناول تعريف الكتاب وغيره للنكاح ان المصنف قال في أوائل كتاب النكاح ولا ينعقد النكاح بلفظ الاجارة في الصحيح لانه ليس بسبب ملك المتعة وقال صاحب الكافي والشرح هناك وعن الكرخي انه ينعقد بلفظ الاجارة لان المستوفى بالنكاح منفعة حقيقة وقد سمى الله تعالى العوض في النكاح أجراً بقوله تعالى فأتوهن أجورهن وهو يشعر بأنه مشا كل للاجارة ولنا أن المملوك بالنكاح في حكم العبد حتى لا ينعقد الا مؤبداً والاجارة لا تنعقد الا مؤقتة فبينهما ما نفاة فأنى تصح الاستعارة انتهى كلامهم فاذا كان المملوك بالنكاح في حكم العبد حتى لم يصح بذلك جعل لفظ الاجارة استعارة للنكاح لم يتناول تعريف الاجارة بأنها عقد على المنافع بعوض أو بأنها تملك المنافع بعوض أو بنحو ذلك للنكاح تأمل توقف وقال في غاية البيان وينبغي أن يقال عقد على منفعة معلومة بعوض معلوم الى مدة معلومة حتى يخرج النكاح لان التوقيت يبطله اهـ (أقول) وهذا أيضاً ليس بسديد اذ على تقدير أن يقال كذلك يخرج من التعريف كثير من الاجارات كما يخرج النكاح فانهم صرحوا بأن المنافع في الاجارات تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والارض للزراعة وتارة تصير معلومة بالتسمية كاستئجار رجل على صبغ ثوب أو خياطته وتارة تصير معلومة بالتعيين والاشارة كاستئجار رجل لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم وتعيين المدة انما يجب في القسم الاول من تلك الاقسام الثلاثة دون القسمين الاخيرين منها فتخرج الاجارات المندرجة تحت هذين القسمين من تعريف الاجارة على الوجه المذكور فيجوز قطعاً (قوله لان الاجارة في اللغة بيع المنافع) قال الشارح العيني قيل فيه نظر لان الاجارة اسم للاجرة وهي ما أعطيت من كراه الاجير كما صرحوا به قلت قد بينت لك عن قرب ان الاجارة يجوز أن تكون مصدراً فيستقيم الكلام اهـ (أقول) النظر المزبور ظاهر الورد لان المذكور في كتب اللغة انما هو ان الاجارة اسم للاجرة لا امر آخر وانما الذي هو بيع المنافع الايجار وقد كان هذا خطرياً الى حتى كتبت في مسوداتي من تلقاء نفسي قبل ان أرى ما كتبه غيري وأما الجواب الذي ذكره بقوله قلت قد بينت لك عن قرب الخ فليس بشئ لان مراده

بين المفهوم الشرعي قيل  
اللعوى لان اللعوى هو  
الشرعي بلا مخالفة وهو في  
بيان شرعيتها فالشرعي  
أولى بالتقديم ولما كانت  
عبارة عن تملك المنافع

قال المصنف (لان الاجارة  
في اللغة بيع المنافع) أقول  
فيه بحث أما أولاً فلانه لا بد  
من ضخمة لهذا التعليل  
حتى يهتم كأن يقال ولم  
يثبت نفسه في الشرع الى  
معنى آخر وأما ثانياً  
فلانه مخالف لما في كتب  
اللغة كالمغرب وغيره أنها  
اسم للاجرة (قوله لان  
اللعوى هو الشرعي بلا  
مخالفة) أقول فيه بحث  
(قوله فالشرعي أولى  
بالتقديم) أقول فيه بحث

وهي غير موجودة في الحال لم

يقتض القياس جوازها الا  
 انها جوزت على خلاف  
 القياس بالاثرة لحاجة الناس  
 فكان استحسانا بالاثرة ومن  
 الاثر ما الدالة على صحتها  
 ما ذكره في الكتاب وهو قوله  
 صلى الله عليه وسلم أعطوا  
 الاجير أجره قبل أن يجف  
 عرقه فان الامر باعطاء الاجر  
 دليل على صحة العقد وقوله  
 عليه الصلاة والسلام من  
 استأجر أجيرا فليعلم أجره وفيه  
 زيادة بيان أن معلومية الاجر  
 شرط جوازها (وتنعقد الاجارة  
 ساعة فساعة على حسب  
 حدوث المانع) لانها هي  
 المعقود عليه فالملك في البدلين  
 أيضا يقع ساعة فساعة لان  
 المعاوضة تقتضي التساوي  
 والملك في المنفعة يقع ساعة  
 فساعة على حسب حدوثها  
 فكذا في بدلها وهو الاجرة  
 فان قيل اذا كان كذلك وجب  
 أن يصح رجوع المستأجر في  
 الساعة الثانية قبل أن ينقصد  
 العقد فيها واذا استأجر شهرا  
 مثلا ليس له أن يتسرع بالعذر  
 قال المصنف (والقياس يأبي  
 جوازه) أقول ذكر الضمير  
 الراجع الى الاجارة باعتبار أنها  
 عقد قال المصنف (وقد  
 شهدت بصحتها الاثر وهو  
 الخ) أقول هو راجع الى  
 الاثر والاثر ما والتدكير  
 باعتبار الخبر قال المصنف  
 (وتنعقد ساعة فساعة على  
 حسب حدوث المنفعة

والقياس يأبي جوازه لان المعقود عليه المنفعة وهي معدومة واضافة التملك الى ما سيوجد لا يصح الا  
 أنا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الاثر وهو قوله عليه الصلاة والسلام أعطوا الاجير  
 أجره قبل أن يجف عرقه وقوله عليه لصلاة والسلام من استأجر أجيرا فليعلم أجره وتنعقد ساعة فساعة  
 على حسب حدوث المنفعة

بقوله قد بينت لك الخ ما ذكره في صدر كتاب الاجارات بقوله ولا يمنع أن تكون مصدر امته كما تقول  
 كتب يكتب كتابة بعد قوله وهو وجع اجارة على فعالة بالكسر اسم للاجر بمعنى الاجرة من أجره اذا  
 أعطاه أجره ولا يذهب عليك ان ذلك لا يجدي شيئا في الجواب عن النظر المزبور اذ قد تقرر في علم الادب  
 ان مصدر الثلاثي سماعي لقياس فيه فكون الكتابة مصدر امته كتب لا يقتضي كون الاجارة أيضا  
 مصدر امته من أجر فان الكتابة سمعت مصدر امته كتب وأما الاجارة فلم تسمع مصدر اقط والكلام فيما  
 سمع من أهل اللغة لافي الاحتمال العقلي على انه لو سلم محجى والاجارة في اللغة مصدر امته من أجره اذا أعطاه  
 أجره كمجى والاجر مصدر امته لم يستقم الكلام أيضا اذ لا تكون الاجارة حينئذ أيضا في اللغة بيع  
 المنافع بل تكون اعطاء الاجر وقد قال المصنف ان الاجارة في اللغة بيع المنافع فلا استقامة ثم ان  
 صاحب العناية قال ههنا بين المفهوم الشرعي قبل اللغوي لان اللغوي هو الشرعي بلا مخالفة وهو في بيان  
 شرعيتها فالشرعي أولى بالتقديم اه (أقول) فيه بحث لان كون المفهوم الشرعي أولى بالتقديم بناء  
 على انه في بيان شرعيتها لو تم لاقتضى تقديم المفهوم الشرعي على المفهوم اللغوي في جميع المواضع  
 سواء كان المعنى الشرعي موافقا للمعنى اللغوي أو مخالفا له مع ان دأب المصنفين عن آخرهم جرى على  
 تقديم بيان المعنى اللغوي على بيان المعنى الشرعي لكون اللغوي هو الاصل المتقدم فالوجه عندي  
 ههنا ان المصنف سلك مسلك الاستدلال على كون الاجارة في الشرع عقدا على المنافع بعوض ولكن  
 طوى الصغرى فكأنه قال لان معنى الاجارة في الشرع هو معناها في اللغة ومعناها في اللغة بيع المنافع  
 ولا يخفى ان هذا المسلك يقتضي تقديم مفهومها الشرعي بناء على ما اشتهر من تقديم المدعى على الدليل  
 تدبر فانه وجه حسن (قوله الا أنا جوزناه لحاجة الناس اليه وقد شهدت بصحتها الاثر) قال  
 صاحب العناية في شرح هذا المحل الا انها جوزت على خلاف القياس بالاثرة لحاجة الناس فكان  
 استحسانا بالاثرة اه (أقول) في تقريره قصور اذ المتبادر من قوله الا انها جوزت على خلاف القياس  
 بالاثرة ومن قوله فكان استحسانا بالاثرة أن ينحصر دليل شرعيتها في الاثر والاثرة لم تكن فائدة في ذكر  
 قيد الاثر في الموضوعين وليس ذلك منحصرا في الاثر بل الكتاب أيضا دليل عليها كقوله تعالى فان  
 أرضهم لكم فاتوهن أجورهن وكقوله تعالى حكاية عن شعيب عليه السلام أريد أن أنكحك احدي  
 ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانى حجج وكذا اجماع الامة أيضا دليل عليها كما ذكر في الكافي وغيره بخلاف  
 تقرير المصنف كما لا يخفى على الفطن المتأمل (قوله وهي قوله عليه الصلاة والسلام أعطوا الاجير  
 أجره قبل أن يجف عرقه) قال الشراح فان الامر باعطاء الاجر دليل على صحتها (أقول) لقائل أن  
 يقول سيأتي في باب الاجارة الفاسدة أنه يجب فيها أجر المثل اذ لا شك ان الواجب الشرعي مأمور باعطائه  
 من قبل الشرع فلم يكن الامر باعطائه الاجر دليل صحة العقد اللهم الا أن يقال وقع الامر في  
 الحديث المذكور باعطاء الاجر المضاف الى الاجير حيث قال أعطوا الاجير أجره وذلك يقيده كون  
 المراد بالاجر المأمور باعطائه الاجر المسمى للاجير دون أجر المثل مطلقا والامر باعطاء الاجر المسمى  
 للاجير لا يتصور الا في الاجارة الصحيحة تبصر (قوله وتنعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة

أجاب بقوله (والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العقد ليرتبط الإيجاب بالقبول) الزاماً للعقد في المقدار المعين (ثم يظهر عمل العقد وأثره في حق المنفعة) يعني يترأى حكم اللفظ إلى حين وجود المنفعة (ملكاً واستحقاقاً) يعني يثبتان معاً (حال وجود المنفعة) بخلاف بيع العين فإن الملك في المبيع يثبت في الحال وينأخر الاستحقاق إلى نقد الثمن وجاز أن يفصل حكم العقد عنه كما في البيع بشرط الخيار (ولأنه الإجارة حتى تسكون (١٤٨) المافع معلومة والجرعة معلومة للمار وياً من قوله صلى الله عليه وسلم من

أسـتأجر أجـيراً فـاعـيـله أجـره  
فانـه كـمـا يـدل بـعـبارـته عـلى  
كـوـن مـعـلـومـية الـاجـرة  
شـرطاً يـدـل بـدلالـته عـلى  
اشـتـرأط مـعـلـومـية المـنـافع  
لـان المـعـقـود عـلـيـه فـى  
الـاجـرة هـو المـنـافع و هـو  
الـاصـل و المـعـقـود بـه و هـو  
الـاجـرة كـالتـبـع كـالتـمـن فـى  
الـبـيـع فـاذا كـان مـعـلـومـية  
التـبـع شـرطاً كـان مـعـلـومـية  
الـاصـل أـولى بـذلك (ولـان  
الـجـهـالـة فـى المـعـقـود عـلـيـه  
و بـده تـفـضـى الـى المـنازـعة  
كـجـهـالـة التـمـن و المـتـمـن فـى  
الـبـيـع) و هـو و اـضـح و مـاصـلح  
أـن يـكـوـن ثـمـناً فـى الـبـيـع  
صـلح أـن يـكـوـن أجـرة لـان  
الـاجـرة عـن المـفـسـدة فـتـعـتـبر  
بـغـن المـيـسـع

والدار أقيمت مقام المنفعة في حق اضافة لعقد الهيا يرتبط الايجاب بالقدور ثم علم يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا فالوجود المنفعة (ولا تدعى حتى تكون المنافع معلومة والاجرة معلومة) لارونا ولا ان الجهالة في العقود عليه وبذلك تقصى الى المازعة كجهالة الثمن والمنين في البيع (وما جاز أن يكون غنا في البيع جاز أن يكون أجرة في الاجارة، لان الاجرة غن المنفعة فتعتبر بمن المبيع

المذكر

قال في المحيط البرهاني الأصل فيه أن ما يعلم أن يكون ثمنا في انبياء يصلح أن يكون أجرة في الاجارات وما لا يصلح أن يكون ثمنا في البياعات لا يصلح أن يكون أجرة في الاجارات الا المنفعة فانها تصلح أن تكون أجرة اذا اختلف الجنس ولا تصلح ثمنا انتهى وهذه العبارة أحسن من عبارة المصنف



وما لا يصلح ثمنًا يصلح أجره أيضا كالأعيان

وليس كل ما لا يصلح ثمنًا لا يصلح أجره لأن بعض ما لا يصلح ثمنًا كالأعيان التي هي ليست من ذوات الأمتثال كالحيوان والنبات مثلا إذا كانت معينة صلح أن يكون أجره كما إذا استأجر دارا بثوب معين وان كان لا يصلح ثمنًا وفيه نظر فان المقايضة بيع وليس فيها إلا العين من الجانبين فلو لم تصلح العين ثمنًا كانت بيعا بلائع وهو باطل ويمكن أن يجاب عنه بأن المثال ليس على المثال ليس من دأب المناظرين فإذا كان الأصل صحيحا جاز أن يمثل بتمثال آخر فليمثل بالمنفعة فانها تصلح أجره إذا اختلف جنس المنافع كما إذا استأجر سكنى دار بر كوب دابة ولا تصلح ثمنًا أصلا إلى هنا كلامه (أقول) لا النظر في ولا الجواب أما النظر فلأن مراد المصنف بالثمن هما ما يجب في الذمة وعن هذا ترى صاحب الكافي وكثيرا من الشراح يقولون بعد قولهم لأن الأجرة عوض مالى فيعتمد وجود المال وأما الثمن فهو ما يجب في الذمة فيقتضى بما يثبت في الذمة ولقد أفصح عنه صاحب العناية نفسه أيضا فيما بعد حيث قال ان الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك بخلاف الأجرة ولا شك في عدم صلاحية الأعيان التي ليست من ذوات الأمتثال لأن تكون ثمنًا بهذا المعنى ولا في عدم بطلان أن تكون المقايضة بيعا بلائع بهذا المعنى ألا يرى أن الشراح المذكور

المذكور الجواب عن السؤال المزبور بل مراده به توجيه صحة العقد في المنافع المدومة على أصل أمتنا كما فصل في الكافي وسائر الشروح سيما في غاية البيان فانه قال فيها بيان ما قلناه هو أن العقد لا بد له من محل لأن المحل شرط صحة العقد لأن العقود لا تصح بلا محل ولهذا قال الفقهاء المحال شرط ومحل العقد هنا هي المنافع وهي مدومة ولا يصلح المدوم محلا للعقد فجعلت الدار محلا للعقد باقيا مقامها مقام المنافع التي تستوجد لأن الدار محل للمنافع تصح بها العقد حتى يرتبط الكلامان وهما الإيجاب والقبول أحدهما بالآخر على وجه يكونان على صلة واحدة كما ذكره هؤلاء المنافع التي ستوجد انتهى فتدبر (قوله وما لا يصلح ثمنًا يصلح أجره أيضا كالأعيان) أى كالأعيان التي ليست من ذوات الأمتثال كالحيوان والنبات مثلا فانها إذا كانت معينة صلح أن يكون أجره كما إذا استأجر دارا بثوب معين وان كان لا يصلح ثمنًا لما تقر في البيوع أن الاموال ثلاثة ثمن محض كالدارهم ومبيع محض كالأعيان التي ليست من ذوات الأمتثال وما كان بينهما كالسيارات والموزونات كذا في الشروح قال صاحب العناية وفيه نظر فان المقايضة بيع وليس فيها إلا العين من الجانبين فلو لم تصلح العين ثمنًا كانت بيعا بلائع وهو باطل ويمكن أن يجاب عنه بأن النظر على المثال ليس من دأب المناظرين فإذا كان الأصل صحيحا جاز أن يمثل بتمثال آخر فليمثل بالمنفعة فانها تصلح أجره إذا اختلف جنس المنافع كما إذا استأجر سكنى دار بر كوب دابة ولا تصلح ثمنًا أصلا إلى هنا كلامه (أقول) لا النظر في ولا الجواب أما النظر فلأن مراد المصنف بالثمن هما ما يجب في الذمة وعن هذا ترى صاحب الكافي وكثيرا من الشراح يقولون بعد قولهم لأن الأجرة عوض مالى فيعتمد وجود المال وأما الثمن فهو ما يجب في الذمة فيقتضى بما يثبت في الذمة ولقد أفصح عنه صاحب العناية نفسه أيضا فيما بعد حيث قال ان الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك بخلاف الأجرة ولا شك في عدم صلاحية الأعيان التي ليست من ذوات الأمتثال لأن تكون ثمنًا بهذا المعنى ولا في عدم بطلان أن تكون المقايضة بيعا بلائع بهذا المعنى ألا يرى أن الشراح المذكور نفسه قال في أول كتاب البيوع وأنواع البيوع أربعة بيع السلعة بتمثلها ويسمى مقايضة وبيعها بالدين أعنى الثمن وبيع الثمن بالثمن كبيع النقدين ويسمى الصرف وبيع الدين بالعين ويسمى سلمًا انتهى حيث جعل الدين مقابلا للعين وفسر الدين بالثمن وجعل أحد أنواع البيع وهو المسمى بالمقايضة مالائع فيه أصلان للثمن معنى آخر وهو ما يكون عوضا عن المبيع نص عليه في المغرب وغيره وذلك المعنى يعم الدين والعين وهو الذي لا يتحقق البيع بدونه ويبطل كون المقايضة بيعا بلائع بذلك المعنى ولكنه ليس بمراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح ثمنًا يصلح أجره أيضا كالأعيان فلا يرد النظر المزبور عليه جدا وأما الجواب فلا نه من ضيق العطن اذ فيه اعتراف ببطلان المثال الذي ذكره المصنف وحاشاه \* ثم أقول بفي ههنا شئ وهو أن نقائل أن يقول لاشك أن مراد المصنف بالثمن في قوله وما لا يصلح ثمنًا يصلح أجره أيضا هو ما يجب في الذمة وان تمثله ما لا يصلح ثمنًا بقوله كالأعيان صحيح على هذا المعنى المراد لانه لم يحمل الثمن الواقع في لفظ القدوري وهو قوله وما جاز أن يكون ثمنًا في البيع جاز أن يكون أجره على المعنى الذي يعم الدين والعين وهو العرض المقابل للبيع كحال الزيلعي الثمن الواقع في قول صاحب الكنز وما صرح ثمنًا صريح أجره على ذلك المعنى الأعم مع أن ما ذكره المصنف في تعليل مسئلة القدوري بقوله لأن الأجرة ثمن المففعة فتعتبر بثمن المبيع يتحمل التعمير لصوري الدين والعين كما ترى ويمكن أن يجاب عنه بأنه لما كان المتبادر من لفظ الثمن في عرف الفقهاء هو معنى ما يجب في الذمة وكان لفظ القدوري غير موفق حتى المقام على تقدير حمل الثمن على المعنى الآخر العام للعين أيضا فان ما لا يجوز أن

(قوله كالحيوان والنبات مثلا) أقول قال في المحيط البرهاني في الفصل الاول من الاجارات وإذا كانت الأجرة عرضا أو ثيابا يشترط فيه جميع شرائط السلم وفي هذا كله إذا كانت الأجرة عينًا فاعلامه بالاشارة وإذا كانت الأجرة حيوانا لا يجوز الا اذا كانت عينًا انتهى (قوله أو ثيابا) يعنى بالثياب ما ليس له مثل كما علم من تقرير الشارح

(قوله فهذا اللفظ) يريد به قوله وما جاز أن يكون ثمنًا في البيع الخ (لا ينفي صلاحية غيره) كما ذكرنا (لأنه عوض مالي) فيستمد وجود المال والاعيان والمنافع أموال فجاز أن تقع أجرة ولقائل أن يقول الثمن عوض مالي الخ ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالتقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الأجرة قال (والمسافع تارة تصير معلومة بالمدة الخ) قد تقدم أن المنفعة لا بد وأن تكون معلومة في الأجرة فلا بد من بيان ما تكون به معلومة فتارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والاراضى للزراعة مدة (١٤٠) معلومة وكأنته ما كانت لان المدة اذا كانت معلومة كان مقدار المنفعة

فهذا اللفظ لا ينفي صلاحية غيره لانه عوض مالي (والمسافع تارة تصير معلومة بالمدة كاستئجار الدور للسكنى والاراضى للزراعة فيصح العقد على مدة معلومة أى مدة كانت) لان المدة اذا كانت معلومة كان قدر المنفعة فيها معلوما اذا كانت المنفعة لا تتفاوت وقوله أى مدة كانت اشارة الى أنه يجوز طالت المدة أو قصرت لكونها معلومة ولتحقق الحاجة اليها عسى الآن في الاوقاف لا تجوز الاجارة الطويلة كي لا يدعى المستأجر ملكها وهي ما زاد على ثلاث سنين هو المختار

يكون ثمنًا في البيع على المعنى العام العين جاز أن يكون أجرة أيضا كالمنفعة فانها لا تصلح ثمنًا في البيع أصلا وتصلح أجرة فيما اذا اختلف جنس المنافع كما صرحوا به جل المصنف لفظ الثمن الواقع في مسئلة القدوري على ما هو المتبادر منه وقال تيممها تيمم المسئلة وما لا يصلح ثمنًا يصلح أجرة أيضا كالاعيان كما قال الشيخ أبو نصر البغدادي في شرح مختصر القدوري وهذا الذي ذكره ليس على وجه الحد وانه لا يجوز غيره بين ذلك ان الاعيان لا تكون أثمانا وتكون أجرة وانما ذكر ذلك لأنه هو الغالب الى هنا لفظه ولكن الانصاف ان المنفعة كانت حقيقا بأن تذكر في غنم لا يصلح ثمنًا ويصلح أجرة فان كون المنفعة مما يصلح أجرة أخفى من كون الاعيان منه وليس ذلك مما يمكن أن يستفاد من مسئلة القدوري بخلاف كون الاعيان منه فإنه يمكن أن يستفاد منها بحمل الثمن على المعنى العام للعين أيضا كما عرفت آنفا (قوله لانه عوض مالي) أى لان الأجرة على تأويل الأجر عوض مالي فيعتمد وجود المال والاعيان مال فتصح أن تكون أجرة كذا في النهاية وغيرها وقال صاحب العناية بعدم ما شرح المحلل على هذا الموال ولقائل أن يقول الثمن عوض مالي الخ ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة فيختص بذلك كالتقود والمقدرات الموصوفة التي تجب في الذمة بخلاف الأجرة الى هنا كلامه (أقول) ولقائل أن يقول اذا كان الثمن مشروطا بكونه مما يجب في الذمة كانت الأجرة أيضا مشروطة بكونها ثمن المنفعة كما صرح به المصنف في تعليل مسئلة القدوري فان قيل ان المشروط بذلك ثمن المبيع لا ثمن المنفعة قلنا بلقائل أن يقول اذا كان ثمن المنفعة مخالفا لثمن المبيع في أن يكون أحدهما مشروطا بشئ دون الآخر فهل يتم القياس المستفاد من قول المصنف لان الأجرة ثمن المنفعة فتعتبر بثن المبيع فليتامل وأورد بعض الفضلاء على الجواب الذي ذكره صاحب العناية بوجه آخر حيث قال فليزعم خلو البيع عن الثمن فيما اذا بيع الدار بالدار لا يجب العقار في الذمة كما لا يخفى اه (أقول) ان كان مراده بهذا الكلام مجرد الزام صاحب العناية بناء على ما قاله في نظره السابق من أنه لو فصل العين ثمنًا كانت المقايضة بيعا بلا ثمن وهو باطل فله وجه وان كان مراده به ايراد اشكال على ذلك الجواب في الحقيقة فليس بصحيح اذا لازم من الجواب المذكور خلو البيع عن الثمن بمعنى ما يجب

فيها معلوما فتصح اذا كانت غير متفاوتة بأن سمى ما يزرع فيها فان ما يزرع فيها متفاوت فاذا لم يعين أقصى الى التزاع الفساد للعقد ولا فرق بين طويل المدة وقصيرها عندنا اذا كانت بحيث يعيش اليها العاقدان لان الحاجة التي جوزت الاجارة لها قد غرس الى ذلك وهي مدة معلومة يعلم بها مقدار المنفعة فكانت صحيحة كالأجل في البيع وأما اذا كانت بحيث لا يعيش اليها أحد المتعاقدين فغده بعضهم لان الظن في ذلك عدم البقاء الى تلك المسدة والظن مثل التيقن في حق الاحكام فصارت الاجارة مؤبدة معنى والتأيد يبطلها وجوزة آخرون منهم انخصاف لان العبرة في هذا الباب بصيغة كلام المتعاقدين وأنه يقتضى التوقيت ولا معتبر بموت المتعاقدين أو أحدهما قبل انتهاء المسدة لانه قد يتحقق في مدة يعيش اليها الانسان

غالبًا ولم يعتبر كما اذا تزوج امرأة الى مائة سنة فانه متعة ولا يجعل بمنزلة التأيد ليصح النكاح وان كان لا يعيش الى هذه المدة غالبًا وجعل ذلك نكاحًا مؤقتًا اعتبارًا بالصيغة (قوله الآن في الاوقاف) يجوز أن يكون استثناء من قوله أى مدة كانت وانما لا تجوز في الاوقاف الاجارة الى مدة طويلة وهي ما زادت على ثلاث سنين هو المختار كي لا يدعى المستأجر ملكها هذا اذا لم يشترط الواقف أن لا يؤجر أكثر من سنة وأما اذا شرط فليس للتولى أن يزيد على ذلك فان كانت مصلحة الوقف تقتضي ذلك يرفع الى الحاكم حتى يحكم بجوازها

(قوله ويمكن أن يجاب عنه بأن الثمن مشروط بكونه مما يجب في الذمة) أقول فليزعم خلو البيع عن الثمن فيما اذا لم يرد بالداراد لا يجب العقار في الذمة كما لا يخفى

قال ( وتارة تصير معلومة بنفسه كن استأجر رجلا على صبغ ثوبه أو خياطته أو استأجر دابة ليحمل عليها مقدارا معلوما أو مركبها مسافة سماها ) لأنه إذا بين الثوب ولون الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد ويرى بما يقال إلا جارة قد تكون عقدا على العمل كاستئجار القصار والخياط ولا بد أن يكون العمل معلوما وذلك في الأجر المشترك وقد تكون عقدا على المنفعة كما في أجير الواحد ولا بد من بيان الوقت قال ( وتارة تصير المنفعة معلومة بالتعيين والاشارة كن استأجر رجلا لينقل له هذا الطعام الى موضع معلوم ) لأنه إذا أراد ما ينقله والموضع الذي يحمل اليه كانت المنفعة معلومة فيصح العقد

في الذمة فيما إذا بيع الدار بالدار لا خلوها عن الثمن بمعنى العوض المقابل للبيع في تلك الصورة والمحدد من خلوها عن الثمن بالمعنى الثاني دون المعنى الاول كما بينا من قبل ( قوله وتارة تصير معلومة بنفسه ) أي بنفس عقد الاجارة كذا ذكر الشراح فاطبة ولم ينقل عنهم نسخة أخرى وأما صاحب غاية البيان فقال بعد ذكر ذلك وفي بعض نسخ المختصر وتارة تصير معلومة بالتسمية ( أقول ) لعل الصواب هذه النسخة لان المنافع لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة بتسمية أمور كبيان الثوب وألوان الصبغ وقدره في استئجار رجل على صبغ ثوب وبيان الثوب وجنس الخياطة في استئجار رجل على خياطة ثوب وبيان القدر المحمول وجنسه والمسافة في استئجار رجل دابة لئحمل أو الركوب على ما أشار المصنف الى ذلك كله حيث قال لأنه إذا بين الثوب وألوان الصبغ وقدره وجنس الخياطة والقدر المحمول وجنسه والمسافة صارت المنفعة معلومة فيصح العقد فكان المنافع لا تصير معلومة في النوع السابق والنوع اللاحق بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة في النوع السابق ببيان المدة وفي النوع اللاحق بالتعيين والاشارة كذلك لا تصير معلومة في هذا النوع بنفس العقد فقط بل انما تصير معلومة فيه بتسمية ما لا بد منه من الامور اللازمة للبيان كما أشير الى بعضها في الامثلة المذكورة فلم يكن انسية ضرورة المنافع معلومة في هذا النوع الى نفس العقد وجه ظاهر وعن هذا لا ترى عبارة بنفسه مذكورة في شيء من الكتب المعتمدة سوى نسخة هذا الكتاب على ما ذكره الشراح وانما المذكور في سائر الكتب موضع بنفسه بالتسمية كما وقع في الكنز والمختار وأبو ذر العمل كما وقع في الوقاية وبعض المتون ( قوله ويرى بما يقال الاجارة قد تكون عقدا على العمل الى قوله ولا بد من بيان الوقت ) أقول في هذا التقسيم فروع اشكال اذ قد مر في صدر الكتاب أن الاجارة عقد على المنافع بعوض فكيف يصح تقسيمها الى العقد على العمل والى العقد على المنفعة وهذا يلزم منه تقسيم الشيء الى نفسه والى غيره اللهم الا أن تحمل عبارة التقسيم على المساحة فيكون المراد الاجارة قد تكون عقدا على منفعة العمل وقد تكون عقدا على منفعة الاعيان لكنه غير متفهم من نفس اللفظ كما لا يخفى ثم أقول كان حقا على المصنف أن يؤخر بيان هذا التقسيم الذي ذكره بعض المشايخ كصاحب الاسرار وغيره عن ذكر القسم الثالث من التقسيم المذكور في نفس الكتاب وقد وسطه في البين كما ترى وكأن صاحب الكافي تبسبه لسماحة هذا التعبير حيث أخر بيان هذا التقسيم المشئى عن تمام ذكر أقسام ذلك التقسيم الثالث واعترض صاحب الغاية على قول المصنف كما في أجير الواحد حيث قال ولنا فيه نظر لان اجارة أجير الواحد أيضا عقد على العمل ولكن يشترط فيها بيان المدة ولهذا جعله صاحب النسخة أحد نوعي الاستئجار على الاعمال كما ذكرناه آنفا فلوقال صاحب الهداية وقد تكون عقدا على المنفعة كاستئجار الدور والحوانيت ونحوها كان أولى اه كلامه ( أقول ) ليس هذا بشئ لأن اجارة أجير الواحد ليست بعقد على العمل ولهذا لا يستحق أجير الواحد الاجرة بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كما صرحوا به فاطبة كما سيأتي

( وتارة تصير معلومة بنفسه )  
أي بنفس عقد الاجارة كما  
إذا استأجر رجلا على صبغ  
ثوبه وبين الثوب ولون  
الصبغ وقدره أو استأجر  
خياطاً على خياطة ثوبه  
وبين الثوب وجنس  
الخياطة أو استأجر دابة  
لحمل أو الركوب وبين  
جنس المحمول وقدره  
والمسافة وتارة تصير  
معلومة بالتعيين والاشارة  
كما ذكر في الكتاب

باب الاجر متى يستحق

لما كانت الاجارة متخالف غير هافي تخلف المالك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لانه ان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل قال (الاجرة لا تجب بالعقد الخ) قال صاحب النهاية الاجرة لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها او اداؤها بمجرد العقد وليس بواضح لان نفي وجوب التسليم لا يستلزم نفي التملك كالمبيع فانه عليك المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب أن يقال معناه لا تملك لان محمداً ذكر في الجامع أن الاجرة لا تملك وما لا تملك لا يجب ابقاؤه فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه وارادة الاخص ليس (١٥٢) يجوز شائع لعدم دلالة الاعم عليه أصلاً قلت أخرج الكلام مخرج

باب الاجر متى يستحق

قال (الاجرة لا تجب بالعقد وتستحق باحدمعان ثلاثة اما بشرط التججيل أو بالتججيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه)

في الكتاب ولو كان عقداً على العمل لما استحقها بدون العمل بل انما هي عقد على منافع بنفسه مطلقاً ولهذا لا يتمكن من ايجاب منافعها لغيره وتعيين العمل في بعض الصور كرى الغنم ونحوه لصرف المنفعة المستحقة الى تلك الجهة وسيظهر هذا كله في باب ضمان الاخير وجعل صاحب الخفة ذلك أحد نوعي الاستئجار على الاعمال لا يكون حجة على المصنف ولومثل المصنف ما يكون عقداً على المنفعة باستئجار الدور ونحوها دون اجير الوحد لغات التنبيه على ان اجارة اجير الوحد من هذا القسم وهو مقصود خلفاء ذلك على البعض فتنبه والله أعلم

باب الاجر متى يستحق

قال صاحب النهاية لما ذكر أن حصة الاجارة موقوفة على أن تكون الاجرة معلومة احتاج الى بيان وقت وجوبها فذكره وما يتعلق به من المسائل في هذا الباب اه كلامه واقتنى أثره في هذا التوجيه جماعة من الشراح (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة ركاكة هذا التوجيه وسخافته اذ لا يستدعي ذكر مجرد أن حصة الاجارة موقوفة على كون الاجرة معلومة بيان وجوبها فاضلاع الاحتياج الى بيان وقت وجوبها في باب على حدة لا يرى ان معلومية البدلين شرط في كثير من العقود ولم يحتج في شيء منها الى بيان وقت الوجوب في باب على حدة وقال صاحب العناية لما كانت الاجارة متخالف غير هافي تخلف المالك عن العقد بلا خيار شرط وجب افرادها بباب على حدة لبيان وقت التملك وما يتعلق به من المسائل اه كلامه (أقول) فيه شيء وهو ان تخلف المالك عن العقد يوجد في غيرها أيضاً كالهبة فان المالك لا يثبت هناك أيضاً بنفس العقد بل يتوقف على القبض كما مروا كوصية فان المالك هناك أيضاً تأخر الى وقت الموت فلا يتم القول بأن الاجارة متخالف غير هافي تخلف المالك عن العقد بلا خيار شرط \* ثم أقول الاظهر أن يقال لما كل وقت استحقاق الاجرة مما وقع فيه الاختلاف بين أئمة الشرع وكان يتعلق به كثير من المسائل حسن افرادها ببيان استحقاق الاجرة وما يتعلق به من المسائل (قوله الاجرة لا تجب بالعقد) قال تاج الشريعة أراد وجوب الاداء ما نفس الوجوب فيثبت بنفس العقد وقال صاحب الكفاية المراد نفس الوجوب لا وجوب الاداء وبيان ذلك اجالا وتفصيلا

الغالب وهو أن تكون الاجرة مما يثبت في الذمة ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة وعلى هذا كان قوله يستحق بمعنى عليك يدل على هذا كله

باب الاجر متى يستحق

(قوله وجب افرادها) أقول أي افراداً متخلفة

قال المصنف (الاجرة لا تجب بنفس العقد الخ) أقول قال في الوقاية ولا تجب الاجرة بالعقد بل بتججيلها انتهى قال صدر الشريعة في شرحه فان المستأجر اذا جعل الاجرة فالمجمل هو الاجرة الواجبة بمعنى أن لا يكون له حق الاسترداد انتهى وفي الفصل الثاني من اجارات المحيط البرهاني يجب أن يعلم أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ابقاؤها الا بعد استيفاء المنفعة اذ لم يشترط التججيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عيناً أو ديناً

هكذا ذكر محمد في الجامع وفي كتاب التخرى وذكر في الاجارات أن الاجرة اذا كانت عيناً لا تملك بنفس العقد اما اذا كانت ديناً تملك بنفس العقد فتكون بمنزلة الدين المؤجل عامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكر في الجامع وكتاب التخرى وبعضهم قالوا ما ذكر في الاجارات قول محمد أولاً وما ذكر في الجامع والتخرى قوله آخر انتهى (قوله فان قلت فاذا لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه) أقول الظاهر ان مراده العموم من وجه لوجود نفي التملك بدون وجوب التسليم في العين المستأجرة بلا شرط التججيل فانها واجبة التسليم ولا تملك كالايجي (قوله ليس بجواز شائع) أقول الشيوع لا يهما (قوله لعدم دلالة الاعم عليه أصلاً) أقول ان أراد أنه لا يدل عليه نفسه فسلم ولا يفيد وان أراد أنه لا يدل بقريئة فمنع وان شئت فراجع كتب علم البيان خصوصاً المفتاح وشروحه (قوله وهو يستلزم نفي التملك لا محالة) أقول ممنوع فان في صورة التججيل يوجد المالك بلا وجوب

أما اجالا فلان الاجرة ولو كانت عبدا فأعتقه المؤجر قبل وجود أحد معان ثلاثة لا يعتق قلو كان نفس  
الوجوب ثابتا لصح اعتاقه كافي البيع وأما تفصيله فلائنه معاوضة فتعتبر المساواة ولم توجد في جانب  
المعقود وعليه لا نفس الوجوب ولا وجوب الاداء فكذا في جانب العوض انتهى وقال صاحب النهاية  
الاجرة لا تجب بالعقد أى لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد كذا وجدت بخط شيهي وذ كر في الذخيرة  
ما يؤيد هذا فقال يجب أن يعلم أن الاجرة لا تملك بنفس العقد ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة  
اذ لم يشترط التحجيل في الاجرة سواء كانت الاجرة عينا أو دينها كذا ذكر محمد رحمه الله في الجامع وفي كتاب  
التحريم وذ كر في الاجارات ان الاجرة اذا كانت عينا لا تملك بنفس العقد وان كانت دينها تملك بنفس  
العقد وتكون بمنزلة الدين المؤجل فعامة المشايخ على أن الصحيح ما ذكره في الجامع وكتاب التحريم وقال  
بعضهم ما ذكره في الاجارات قول محمد وأولا وما ذكره في الجامع والتحريم قوله آخر الى هنا لفظ النهاية  
(أقول) تأييد ما ذكر في الذخيرة كون معنى عبارة الكتاب ما قاله صاحب النهاية ممنوع فانه قال في  
الذخيرة ان الاجرة لا تملك بنفس العقد قبل أن قال ولا يجب ايفاؤها الا بعد استيفاء المنفعة  
اذ لم يشترط التحجيل في الاجرة فعلم منه أن الاجرة لا تملك بنفس العقد عندنا كما لا يجب أداؤها بنفس  
العقد فتم بخلاف ما في الكتاب فانه لم يذ كر فيه شيء قبل أن قال الاجرة لا تجب في العقد قلو كان معناه  
الاجرة لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد لم يفهم منه أن الاجرة لا تملك بمجرد العقد اذ لا يلزم من عدم  
وجوب الاداء بمجرد العقد عدم تملكها بمجرد اذ لا ترى أن الثمن مما يملكه البائع بمجرد عقد البيع بلا  
خيار ولا يجب تسليمه وأداؤه في الحال بمجرد ذلك في البياعات المؤجلة بل يتأخر الى حلول الاجل فاذا لم  
يفهم منه ذلك لم ينفذ ما هو المذهب عندنا فلزم أن لا يتم وقال صاحب العناية قال صاحب النهاية الاجرة  
لا تجب بالعقد معناه لا يجب تسليمها وأداؤها بمجرد العقد ليس بواضح لان في وجوب التسليم لا يستلزم  
نفي التملك كالمبيع فانه يملكه المشتري بمجرد العقد ولا يجب تسليمه ما لم يقبض الثمن والصواب أن يقال  
معناه لا تملك لان محمدا ذكر في الجامع أن الاجرة لا تملك وما لا يملك لم يجب ايفاؤه وقال فان قلت فاذا  
لم يستلزم نفي الوجوب نفي التملك كان أعم منه وذ كر الاعم وارادة الاخص ليس مجاز شائع لعدم دلالة  
الاعم على الاخص أصلا قلت أخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان تكون الاجرة مما يثبت في الذمة  
ونفي الوجوب فيها وهو يستلزم نفي التملك لا محالة انتهى كلامه (أقول) لا السؤال بشيء ولا الجواب أما  
الاول فلان ذ كر الاعم وارادة الاخص انما ليس مجاز شائع اذ لم تحقق قرينة محصنة وأما اذا تحققت  
القرينة فذلك مجاز شائع وقوعه في كلمات القوم حتى تعريفاتهم التي يجب فيها التعرّض عما يورث خفاء  
المراد وفيما نحن فيه قد تحققت القرينة على ارادة الاخص وهي قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد كما  
اعترف به الشارح المزبور حيث قال فيما بعد يدل على هذا كله قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد والا  
لم يكن محل الخلاف متحدا وأما الثاني فلانه ان أراد بقوله ونفي الوجوب فيها أنه قصد نفي الوجوب  
في الذمة بدون أن يجعله مجازا عن نفي التملك لم يكن مطابقا لقوله والصواب أن يقال معناه لا تملك وانما  
مورد السؤال ذلك وان أراد به أنه جعل نفي الوجوب مجازا عن نفي التملك لعلاقة الاستلزام لم يحتاج الى  
قوله أخرج الكلام مخرج الغالب وهو ان تكون الاجرة مما يثبت في الذمة لان الاجرة كلها سواء كانت عينا  
أو دينها يملك واذا كان ما يثبت في الذمة منها هو الدين دون العين فنفي التملك بالعقد ينتظم في جميع  
أنواع الاجرة ولا يختص بما هو الغالب منها وهو الدين النسب في الذمة حتى يحتاج الى أن يقال أخرج  
الكلام مخرج الغالب على أن قوله وهو يستلزم نفي التملك لا محالة ممنوع فان العين مما لا يجب في  
الذمة مع أنه مما يملك قطعاً وقال بعضهم فان في صورة التحجيل يوجد الملك بلا وجوب فتأمل



وقال الشافعي تملك بنفس العقد والام يكن محل الخلاف متحدا واستدل الشافعي بقوله لان المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورية  
تصحح العقد ولهذا صحت الاجارة بأجرة مؤجلة ولولم يجعل موجودة كان دينابدين وهو حرام لامحالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت  
الملك بالعقد لوجود المقتضى وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البذل فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا  
يتعدى من صحة العقد الى افادة الملك (١٥٤) فالجواب ان الضرورى اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند

وقال الشافعي تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد فيثبت  
الحكم فيما يقابله من البذل ولنا ان العقد ينفع شيئا فشيئا على حسب حدوث المنافع على ما بينا  
والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البذل الاخر  
واذا استوفى المنفعة ثبت الملك في الاجر لتحقيق التسوية

(قوله وقال الشافعي تملك بنفس العقد لان المنافع المعدومة صارت موجودة حكما ضرورة تصحيح العقد  
فيثبت الحكم فيما يقابله من البذل) قال صاحب العناية في حل هذا المحل واستدل الشافعي بقوله لان  
المنافع المعدومة صارت موجودة ضرورة تصحيح العقد ولهذا صحت الاجارة بأجرة مؤجلة ولولم يجعل  
موجودة كان دينابدين وهو حرام لامحالة واذا كانت موجودة وجب ثبوت الملك بالعقد لوجود المقتضى  
وانتفاء المانع فيثبت الحكم فيما يقابله من البذل انتهى وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله لوجود  
المقتضى وانتفاء المانع ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه انتهى (أقول) هذا الايراد ساقط  
لان المنافع المعدومة اذا جعلت موجودة في حكم الشرع يجب أن يترتب عليه ثبوت الملك بالعقد ولا  
يبقى لانتفاء الوجود حقيقة صلاحية للانع عنه لان الشرع انما يجعله موجودا لاجل أن يترتب عليه  
ذلك الحكم فلو كان انتفاء وجوده حقيقة مانعا عنه لزم أن يلغى جعل الشرع اياها موجودة وهذا  
خلف وعن هذا قالوا وللشارع ولاية جعل المعدوم حقيقة موجودا كما جعل الطرفة في الرحم ولا حياة  
فيها كالحى حكم في حق الارث والعنق والوصية على ما ذكر في الكافي وعامة الشروح ثم رد على استدلال  
الشافعي كلام آخر من قبل أعنتنا كما أشير اليه في عامة المعتررات وهو أن جعل المعدوم موجودا في الشرع  
انما يكون فيما اذا دعت الضرورة اليه وبما نحن فيه لا تدعو الضرورة اليه لا مكان تصحيح العقد بطريق  
آخر وأضع وأوسع منه وهو اقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالدار مثلا مقام المنفعة في حق صحة  
الايجاب والذول ثم انتقاد العدة في حق المعقود عليه على حسب حدوث المنافع واقامة السبب مقام  
السبب أصل شائع في الشرع كاقامة السفر مقام المشقة واقامة البلوغ مقام كمال العقل وهم جرامن  
النظائر ثم قال صاحب العناية فان قيل الثابت بالضرورة لا يتعدى موضعها فلا يتعدى من صحة العقد  
الى افادة الملك فالجواب ان الضرورى اذا ثبت يستتبع لوازمه وافادة الملك من لوازم الوجود عند العقد  
انتهى (أقول) في الجواب بحث لانه اذا أراد أن افادة الملك في الحال من لوازم الوجود عند العقد فهو  
ممنوع كيف وقد تقرر فيما مر أن حكم العقد يجوز أن ينفصل عنه كالبيع بشرط الخيار فان الملك فيه  
يتراخي الى وقت سقوط الخيار مع وجود المبيع عند العقد وان أراد ان افادة الملك ولو بعد زمان من  
لوازم ذلك فهو مسلم لكن هذا لا يفيد مدعى الشافعي فان مدعاه ان الاجرة تملك في الحال والجواب المزبور  
انما هو لتصحيح مدعاه فلا يتم التفرغ واعترض بعض الفضلاء على الجواب المسطور بوجه آخر حيث  
قال ان أراد ان افادة الملك من لوازم الوجود حقيقة فسلم ولا يفيد مدعاه وان أراد انهم من لوازم الوجود ولو  
حكما فغير مسلم انتهى (أقول) ما ذكره في كل من شق تردده ليس بسديد أما الاول فلا نه سلم كون افادة

العقد ولنا أن العقد  
ينعقد شيئا فشيئا على حسب  
حدوث المنافع على ما بينا  
والعقد أى عقد الاجارة  
معاوضة بلا خلاف ومن  
قضية عقد المعاوضة  
المساواة فن ضرورة التراخي  
في جانب المنفعة التراخي في  
البذل وهو الاجر تحقيقا  
للمساواة واذا استوفى المنفعة  
ثبت الملك في الاجر لذلك

(قوله وقال الشافعي تملك  
بنفس العقد والام يكن  
محل الخلاف متحدا) أقول  
ولك أن تقول ارتكاب  
المجاز في موضع واحد  
أعمون من ارتكابه في  
ثلاثة مواضع ويحصل  
اتحاد محل الخلاف أيضا  
فان المراد بنفس العقد  
العقد الخالى عن المعاني  
الثلاثة وبسليم العين  
المستأجرة الى المستأجر  
يجب تسليم الاجرة للأوثر  
عند الشافعي فليتأمل وفي  
شرح الحاوى للفتوى اعلم  
أن الاجرة اذا كانت في  
الذمة فهي كالتمن في الذمة  
في أنها ان شرط فيها التأجيل  
والتجسيم كانت مؤجلة أو

منحمة وان شرط فيها التعجيل كانت معجلة وان أطلق ذكرها تجلت أيضا وملك جميعها المكروى الملك  
بنفس العقد واستحق استيفاءها اذا سلم العين الى المستأجر لانه عوض في معاوضة يتجمل بشرط التجميل فيتمتع عند الاطلاق كالتمن  
انتهى (قوله لوجود المقتضى وانتفاء المانع) أقول ممنوع فان انتفاء الوجود حقيقة مانع عنه (قوله وافادة الملك من لوازم الوجود  
عند العقد) أقول ان أراد من لوازم الوجود حقيقة فسلم ولا يفيد مدعاه وان أراد من لوازم الوجود ولو حكما فغير مسلم

وكذا اذا شرط التججيل أو جعل بلا شرط لان المساواة تثبت حقا له وقد أبطله واعترض بأن شرط التججيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد به والجواب أنه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة أو من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جواز اشتراط التججيل باعتباره والثاني ممنوع فان تججيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة وعوض دليلنا بأن البراءة عن الاجرة والارتها عن الكفالة بينهما صحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت وأجيب بأن صحة البراءة على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ممنوعة وجوزة محمد لان العقد سبب في جانب الاجرة اذ اللفظ صالح لاثبات الحكم به وعدم الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه وبصح البراءة لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكفالة بما بذوب له على فدان وصحة الرهن لان موجه ثبوت بدلا استيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتججيل أو اشتراطه فكذا الرهن به والجواب عن قوله ولولم يجعل موجودا كان دينه بدين وهذا أن ذلك ليس بدين لان الدين ما يكون في الذمة والمنافع ليست كذلك على أنه أقيمت العين مقام المنفعة فلم يكن دينه بدين وهذا طريق سائغ شائع لكونه اقامة السبب مقام السبب وأما جعل المعدوم موجودا فلم يعهد كذلك

(قوله فان تججيل البدل واشتراطه لا يخالفه) أقول فيه بحث وكيف لا يخالفه (١٥٥) وقضيته المساواة وظاهر أن شرط

التججيل قبل ثبوت الملك في البدل الاخر يفوت المساواة نسيم مطلق شرط التججيل لا ينافيها ولكن ذلك لا يفيد فليتأمل (قوله من حيث المعاوضة) أقول كما في البيع (قوله لان العقد سبب الخ) أقول قال صاحب البدائع ولان البراء لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المستأجر فقد قصد صحة تصرفه بما ولا صحة الا بالملك ثبت الملك عقدت في التصرف تصحها له كما في قول الرجل لغيره أعتق عبدك عني بألف درهم فقال أعتقت انتهى

وكذا اذا شرط التججيل أو جعل لان المساواة تثبت حقا له وقد أبطله الملك من لوازم الوجود حقيقة مع أن اعادة الملك في الحال كما هو مدعى الشافعي ليس من لوازم الوجود حقيقة الا يرى أن المبيع يجب أن يكون موجودا حقيقة عند العقد مع أن البيع بشرط الخيار لا يفسد الملك في الحال كما هو وأما الثاني فلان الوجود الحكمي لا يكاد أن يخالف الوجود الحقيقي في اللوازم الشرعية والالم تحصل فائدة في جعل المشرع الوجود الاعتباري في حكم الوجود الحقيقي فلما سلم أولا كون اعادة الملك من لوازم الوجود حقيقة لزمه تسليم كونها من لوازم الوجود حكما أيضا فالوجه الوجيه في التردد في المنع والتسليم ما ذكرناه من قبل (قوله وكذا اذا شرط التججيل أو جعل لان المساواة تثبت حقا له وقد أبطله) قال في العناية واعترض بأن شرط التججيل فاسد لانه يخالف مقتضى العقد وفيه نفع لاحد المتعاقدين وله مطالب فيفسد العقد والجواب أنه يخالف مقتضى العقد من حيث كونه اجارة أو من حيث كونه معاوضة والاول مسلم وليس جواز اشتراط التججيل باعتباره والثاني ممنوع فان تججيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة انتهى (أقول) في الجواب نظر أما أولا فلان حينئذ كونه اجارة هي حينئذ كونه معاوضة مخصوصة لا يخالف مقتضى العقد من احدي هاتين الحيتين بخلاف مقتضاه من الحيتين الاخرى فامعنى قوله والاول مسلم والثاني ممنوع وهذا يستلزم تسليم الاول تسليم الثاني ومنع الثاني منع الاول فان قيل مراده بحينية كونه معاوضة حينئذ كونه معاوضة تام مع قطع النظر عن خصوصيته فلا يلزم اتحاد الحيتين قلنا فيلزم

وفيه بحث فانه لا يتوقف على القبول كما مر في أواخر الهبة الا أن يراد بالقبول معنى يتم عدم الرد (قوله فظهر الانعقاد في حقه) أقول ان أراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم باجماع علمائنا وان أراد غيره فليس على استخالف المسبق في كتاب الاقرار من أن قوله أبرأتني اقرار بالمال المدعى فليتأمل (قوله ويصح البراءة لوجوده بعد السبب) أقول كالأبراء عن القصاص بعد الجرح (قوله والمنافع ليست كذلك) أقول هذا لا يدل عليه من دليل وفي البرازية تكرار دابة مسماة بغير عينها من كوفة الى مكة ذكر في الكتاب أنه يجوز وذكر شيخ الاسلام ليس تفسيره أن يراد ببراءة بغير عينها الى مكة فانه لا يجوز لانه مجهول بل بتفسيره ضمان تقبل المسكاري الجوهرة وقد قال المستأجر اجلني على ابل الى مكة أو اجلني أو اجل هذه الجوهرة يكون المعهود عليه في الذمة ويقتى بالجواز المعروف انتهى وسيجيء من المصنف في آخر هذا الباب أن المستحق عمل في ذمته فراجع الا أنه ذكر في الحواشي الجلالية دليل على أن المنفعة لا تكون ديناً فانه قال ان الدين محله الذمة وهو لا يلتزم المنفعة في الذمة انتهى فتأمل فيه وقال الامام الزبلي وانما جاز الاستئجار بالدين لان العقد لم ينعقد في حق المنفعة فلم تصرف المنفعة ديناً في ذمته فلا يجب بدلها أيضاً وعند انعقاد العقد فيها وشوزمان حدوثها تصير هي مقبوضة فلا يكون ديناً بدين أصلاً انتهى فتأمل في جميع ما ذكر

أن تكون صحة اشتراط التجهيل في عقد الاجارة باعتبار كونه معاوضة مامع قطع النظر عن خصوصية كونه اجارة ولا يخفى أن ذلك الاعتبار لا يحظر ببال أحد من المتعاقدين عند اشتراط التجهيل على أنهما لو صرحا بأنهما لو شرطتا التجهيل في عقد الاجارة من حيث انه اجارة لم يفسد العقد قطعا وأما ثانيا فلان قوله فان تجهيل البدل واشتراطه لا يخالفه من حيث المعاوضة غير تام فان من قضية المعاوضة المساواة وبشرط تجهيل الاجرة قبل ثبوت الملك في المعقود عليه تفوت المساواة كالا يخفى والاولى في الجواب ما ذكر في الكفاية وشرح تاج الشريعة وهو أن شرط التجهيل في الاجارة لا يخالفه مقتضى العقد فان عقد الاجارة يقتضي التجهيل كالبيع الا أنه سقط لما منع وهو وجوب المساواة وهو حق المستأجر فاذا أسقط حقه بالتجهيل زال المانع فصح ثم قال صاحب العناية وعورض دليلنا بأن الابرار عن الاجرة والارتهان عنها والكفالة بينهما صحيحة بالاتفاق ولولا الملك لما صحت وأجيب بأن صحة الابرار على قول أبي حنيفة وأبي يوسف ممنوعة وجوزة لمحمد لان العقد سبب في جانب الاجرة اذا لفظ صالح لاثبات الحكم به وعندنا الانعقاد في جانب المنفعة لضرورة العدم ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه ويصح الابرار لوجوده بعد السبب وكذلك الكفالة كالكدالة بما يذوب له على فلان وصحة الرهن لان موجب ثبوت يد الاستيفاء واستيفاء الاجر قبل استيفاء المنفعة صحيح بالتجهيل أو اشتراطه فكذلك الرهن به انتهى كلامه ( أقول ) هذا كله مأخوذ من النهاية الا أن التعليل المذكور لتجوز محمد رحمه الله الابرار عن الاجرة ليس بسديله كما تحقق ضرورة في عدم الانعقاد في جانب المنفعة وهي كون المنافع معدومة كذلك تحققت ضرورة في عدم الانعقاد في جانب الاجرة أيضا وهي اقتضاء عقد المعاوضة المساواة وعن هذا قال المصنف والعقد معاوضة ومن قضيتها المساواة فمن ضرورة التراخي في جانب المنفعة التراخي في البدل الا خرف لوجه لقوله ولا ضرورة في الاجرة فظهر الانعقاد في حقه على أن ذلك التعليل لا يتجسأ أصلا فيما اذا كانت الاجرة منفعة أيضا من خلاف جنس المعقود عليه فانه صحيح بالاجماع على ما صرح به في عامة المعترات مع أن كلامنا من البدلين معدوم هناك قطعافلا فرق في الجانبين أصلا كما لا يخفى وأورد بعض الفضلاء على قوله فظهر الانعقاد بوجه آخر حيث قال ان أراد الانعقاد في حق الحكم فليس بمنعقد في حق الحكم باجماع علما تناوان أراد غيره فليبين على أنه مخالف لما سبق في كتاب الاقرار من أن قوله أبرأتني اقرار بالمال المدعى فليتامل انتهى كلامه ( أقول ) قد أخذنا من ابراده من البدائع وأنه ساقط أما بيان أخذه من البدائع فلا أن صاحب البدائع ذكره قول محمد في جواز الابرار عن الاجرة وجهين وأجاب عن الثاني بما ذكره ذلك القائل ههنا حيث قال وجه قول محمد أن الابرار لا يصح الا بالقبول فاذا قبل المستأجر فقد قصد صحة تصرفهما ولا صحة الا بالملك فيثبت الملك بمقتضى التصرف تصحيحا له كما في قول الرجل لغيره أعتق عبدك عني على ألف درهم فقال أعتقت ولان الابرار اسقاط واسقاط الحق بعد سبب الوجوب جائز كالعفو عن القصاص بعد الجرح قبل الموت وسبب الوجوب ههنا موجود وهو العقد المنعقد والجواب أنه ان كان يعني بالانعقاد الانعقاد في حق الحكم فهو غير منعقد في حق الحكم بلان خلاف بين أصحابنا وان كان يعني به شيئا آخر فهو غير معقول الى هنا لفظ البدائع وأما بيان أنه ساقط فلانه يجوز أن يراد بالانعقاد الانعقاد في حق المتعاقدين لا في حق الحكم كما أفصح عنه صاحب المحيط حيث قال ومعنى جواز الاجارة على مذهبننا انعقاد العقد فيما بين المتعاقدين وهو الدرجة الاولى وانعقاده في حق الحكم وهو الدرجة الثانية وقال ألا ترى أن البيع بشرط الخيار ينعقد فيما بين المتعاقدين ولا ينفذ الحكم في الحال ثم فسر انعقاد العقد في حق المتعاقدين وانعقاده في حق الحكم بما لا مزيد عليه ومن يطلب ذلك فليراجع محله وهو آخر الفصل الاول من اجارات المحيط البرهاني وأما ما ذكره ذلك المورد في علاوته

(قوله وإذا قبض المستأجر الدار) لبيان أن التمكن من الاستيفاء يقوم مقام الاستيفاء لا يقال فعلي هذا كان الواجب أن يقول بأحد معان أربعة وأن يقول باستيفاء العقود عليه أو بالتمكن منه لأن الأصل هو الاستيفاء والتمكن منه يقوم مقامه أحيانا أو بدل أحد الأقسام لا يكون قسما بذاته فإذا قبض المستأجر بأجرة صحيحة ما استأجره ولم يمنع عن استيفاء المنفعة في المدة في المكان الذي وقع العقد فيه مانع ولم يستوفها وجب الاجر لان الواجب على الأجر تسليم العين التي تحدث منها المنفعة في مدة الاجارة في مكان العقد لا تسليم عين المنفعة لأنه غير متصور فكان تسليم العين قائما مقام تسليم المنفعة فإذا سلم العين فارغة عن متاعه ولم يكن هناك مانع منه أو من الغير أو من أجنبي سلطان أو غاصب فقد حصل التمكن وترك الاستيفاء بعد ذلك تعطيل من جهته وقت قصير منه فلا يمنع وجوب الاجر واعتبر القيود فان بزوال شيء منها زال التمكن فلا يجب الاجر فان لم يسلم العين أو سلمها مشغولة بمتاعه أو سلمها فارغة في غير مدة الاجارة مثل أن يستأجر دابة إلى الكوفة في هذا اليوم فذهب إليها بعد مضي (١٥٧) اليوم بالدابة ولم يركبها أو سلمها فارغة فيها في غير مكان العقد

(وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها) لان تسليم عين المنفعة لا يتصور فأقنا تسليم محل مقامه اذا التمكن من الانتفاع بنيت به

من حديث المخالفة لما سبق في كتاب الاقرار فليس ينأى أيضا اذا لمخالفة بين المقامين أصلا كما يظهر بالتأمل الصادق \* ثم أقول لو ترك صاحب البساتين قبض المنفعة عند تقرب الوجه الثاني من وجهي قول محمد رحمه الله بقوله وسبب الوجوب ههنا ما وجوده هو العقد المتعقد بأن اكتفى بقوله وهو العقد لما تشي الجواب الذي ذكره بترديد المراد بالانعقاد أصلا وكفى في اثبات قول محمد رحمه الله وكذا لو لم يتعرض صاحب النهاية والعناية لحديث الانعقاد في جانب الاجرة دون المنفعة بأن اكتفى بأن يقال ان الأبرار وقع بعد وجود سبب الوجوب وهو العقد فصح كالعفو عن القصاص بعد الجرح كما كفى به في بعض الشروح لما ورد عليه ما ذكرناه من تحقق الضرورة في جانب الاجرة أيضا وكفى في اثبات قول محمد وذلك لان العقد نفسه وهو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مضافين إلى محل المنفعة وهو الدار مثلا هي بوطأ أحدهما بالآخر كاف في السببية ولا حاجة إلى اعتبار انعقاده في مرتبة السببية فان انعقاد حكم الشرع ثبت وصفه لسرعا والعلل الشرعية مغايرة للعلل العقلية في جواز انفكاكهما عن معالولاتها فجاز أن يقال العقد وجدوا لان عقدا تراخي إلى وجود المنافع ساعة فساعة وهذا هو رأي بعض مشايخنا في تفسير قول أئمتنا ان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع كما ذكر صاحب الغاية في صدر هذا الكتاب ونقلناه عنه هناك ثم يجوز أن يعتبر للعقد انعقاد قبل حدوث المنافع بمعنى الانعقاد في حق المتعاقدين دون الانعقاد في حق الحكم كما ذكره صاحب المحيط ونقلناه عنه فيما مر أنفالكنا الأسلم في توجيه قول محمد ههنا والطريقة الأخرى تأمل ترشد (قوله وإذا قبض المستأجر الدار فعليه الاجر وان لم يسكنها) قال في النهاية هذه المسئلة مقيدة بقيود أحدها التمكن من الاستيفاء حتى انه اذا لم يتمكن من الاستيفاء بأن منعه المالك أو الأجنبي أو سلم الدار مشغولة بمتاعه لا يجب الاجر والثاني أن تكون الاجارة صحيحة فان في الاجارة الفاسدة يشترط لوجوب الاجرة حقيقة الاستيفاء ولا تجب بمجرد تمكن الاستيفاء في المدة والثالث أن

(قوله فإذا قبض إلى قوله في المكان الذي وقع العقد فيه الخ) أقول لعل الصواب أن يقول في مكان أضيف إليه العقد فانه اذا استأجر دابة في غير بغداد على أن يركبها في بغداد فسلمها في بغداد وأمسكها فيه يستحق الاجرة بخلاف ما اذا سلمها وأمسكها في غير بغداد الذي هو محل العقد وفي المحيط البرهاني يشترط التمكن من الاستيفاء في المدة التي ورد عليها العقد وفي المكان الذي أضيف إليه العقد فأما اذا لم يتمكن من الاستيفاء أصلا أو تمكن من الاستيفاء في المدة في غير المكان الذي أضيف إليه العقد أو تمكن من الاستيفاء في

المكان الذي أضيف إليه العقد خارج المدة لا يجب الاجر حتى ان من استأجر دابة يوما لاجل الركوب فحبسها المستأجر في منزله ولم يركبها حتى مضى اليوم فان استأجرها للركوب في المصير يجب عليه الاجر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد وان استأجرها للركوب خارج المصير إلى مكان معلوم لا يجب الاجر اذا حبسها في المصير لعدم تمكنه من استيفاء المنافع في المكان الذي أضيف إليه العقد فاذا ذهب بالدابة إلى ذلك المكان في اليوم ولم يركب يجب الاجر لتمكنه من الاستيفاء في المكان الذي أضيف إليه العقد في المدة وان ذهب إلى ذلك المكان خارج المصير بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الاجر انتهى (قوله ولم يستوفها وجب الاجر) أقول ولو استوفها وجب بالطريق الأولى (قوله مثل ان يستأجر دابة إلى الكوفة الخ) أقول وفيه بحث فان الظاهر المطابق لسياق كلامه أن يقول وسلمها بعد مضي اليوم فذهب إليها الخ



كمن استأجر دابة في غير بغداد إلى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه السير فيها إلى الكوفة أو سلمها  
فارغة فيها في مكانه لكن بها عرج فاحش يمنع الركوب أو سلمها فارغة فيها في مكانه صحيحة لا عذر فيه لكن منعه السلطان أو غصبه  
عاصب أو لم يكن شيء من ذلك أصلاً لكن الأجرة كانت فاسدة فإن الأجر في جميع ذلك ليس بواجب ما لم يستوف المنفعة لأن التقصير  
حينئذ لم يكن من جهته بل لقوات التمكن من الانتفاع فإن قيل كلام المصنف ساكت عن أكثر هذه القيود فواجهه قلت وجهه  
الاقتصار للاختصار اعتماداً على دلالته (١٥٨) الحال والعرف فإن حال المسلم دالة على أن يبأسر العقد الصحيح والفساد

القول (فإن غصبها غاصب من يده سقطت الأجرة) لأن تسليم المحل إنما أقيم مقام تسليم المنفعة للتمكن من  
الانتفاع فإذا فات التمكن فأتى التسليم وانفسخ العقد فسقط الأجر وإن وجد الغصب في بعض  
المدة سقط الأجر بقدره إذا انقضى في بعضها قال (ومن استأجر داراً فله المؤجر أن يطالبه بأجرة  
كل يوم) لأنه استوفى منفعة مقصودة (الآن بسبب وقت الاستحقاق بالعقد) لأنه بمنزلة التأجيل  
(وكذلك أجرة الأراضي) لما بينا (ومن استأجر بعيراً إلى مكة فله العمل أن يطالبه بأجرة كل مرحلة)  
لأن سير كل مرحلة مقصود وكان أبو حنيفة يقول أولاً لا يجب الأجر إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء  
السفر وهو قول زفر

التمكن من المستأجر يجب أن يكون في المكان الذي وقع العقد في حقه حتى إذا استأجر دابة إلى الكوفة  
فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه السير فيها إلى الكوفة فلا أجر عليه  
وإن ساقها معه إلى الكوفة ولم يركبها وجب الأجر والرابع أن يكون متمكناً من الانتفاع في المدة  
فإنه لو استأجر دابة إلى الكوفة في هذا اليوم وذهب إليها بعد مضي اليوم بالدابة ولم يركب لا يجب الأجر  
وإن تمكن من الانتفاع في المكان الذي أضيف إليه العقد لأنه إنما يمكن بعدمضي المدة اهـ وقال  
صاحب العيانية بعد أن بين اعتبار القيود المذكورة بقدر ما خفف من كلام المصنف ساكت عن أكثر  
هذه القيود فواجهه قلت وجهه الاقتصار للاختصار اعتماداً على دلالته الحال والعرف فإن حال المسلم  
دالة على أن يبأسر العقد الصحيح والفساد منه يمنع عن الأقدام على الانتفاع وعلى أن العقاد يجب عليه  
تسليم ما عقد عليه فارغاً عما يمنع عن الانتفاع به والعرف فاش في تسليم العقود عليه في مدة العقد ومكانه  
فكان معلوماً عادة وعلى أن الأكره والغصب مما يمنع عن الانتفاع فاقصر عن ذلك اعتماداً  
عليهما اهـ كلامه (أقول) في آخر جوابه خلل أما أولاً فلا نفي لقوله وعلى أن الأكره والغصب  
مما يمنع عن الانتفاع أن كان معطوفاً على قوله على أن يبأسر العقد الصحيح أو على قوله وعلى أن  
للعقاد يجب عليه تسليم ما عقد عليه فارغاً حتى صار المعنى فإن حال المسلم دالة أيضاً على أن الأكره  
والغصب مما يمنع عن الانتفاع فمع تركا هذه المعنى كما لا يخفى يلزم الفصل بين المعطوف والمعطوف  
عليه بأجنبي وهو قوله والعرف فاش الخ وإن كان معطوفاً على قوله على دلالته الحال والعرف حتى صار  
المعنى اعتماداً على دلالته الحال والعرف وعلى دلالته أن الأكره والغصب مما يمنع عن الانتفاع يلزم أن  
لا يتم قوله فاقصر عن ذلك اعتماداً عليهما إذا تظاهراً أن ضمير عليهما أراجع إلى الحال والعرف وعلى  
المعنى المزبور لأن صيرولة الاقتصار للاختصار هي الاعتماد على الحال والعرف فقط بل تصيرولة ذلك  
هي الاعتماد على الحال والعرف وعلى أن الأكره والغصب مما يمنع عن الانتفاع وأما ثانياً فلا نفي  
قوله وعلى أن الأكره والغصب مما يمنع عن الانتفاع يدل على أن الغصب أيضاً من القيود المقتصر

منه يمنع عن الأقدام على  
الانتفاع وعلى أن العقاد  
يجب عليه تسليم ما عقد  
عليه فارغاً عما يمنع عن  
الانتفاع به والعرف فاش  
في تسليم العقود عليه في  
مدة العقد ومكانه فكان  
معلوماً عادة وعلى أن  
الأكره والغصب مما يمنع  
عن الانتفاع فاقصر عن  
ذكر ذلك اعتماداً عليهما  
ووجه عدم المنع في بعض  
المدة وإن كان يسقط الأجر  
بقدره لو حوّل الانتفاع  
في ذلك التدرج قال (ومن  
استأجر داراً) ذكر هذا  
ليمان وقت استحقاق  
مطالبة الأجر والحال  
لا يعمل من أن يكون وقت  
الاستحقاق ميماً بالعقد  
أولاً فإن كان الأول فليس  
له المطالبة إلا إذا تحقق  
ما له ساعليه شهراً كان  
أو أهلاً أو أكثر لأنه بمنزلة  
أساحم إذا لا يستحق  
يتحقق عند انقضاء أجرة  
من المنفعة بتحقيق المساواة  
والتأجيل يسقط استحقاق

المطالبة إلى انتهاء الاحتمال وإن كان الثاني فالمؤجر أن يطالبه بأجرة كل يوم لأنه استوفى منفعة مقصودة وكذلك  
أجرة الأراضي (وإن استأجر بعيراً إلى مكة فله العمل أن يطالبه بأجرة كل مرحلة لأن سير كل مرحلة مقصود) كسكني يوم وهذا قول  
أبي حنيفة آخر (وكان يقول أولاً لا يجب الأجر إلا بعد انقضاء المدة وانتهاء السفر وهو قول زفر

(قوله كمن استأجر دابة في غير بغداد إلى قوله ببغداد الخ) أقول ولو سلمها في غير بغداد الذي هو مكان العقد فأمسكها ولم يذهب إلى  
الكوفة لا يجب الأجر أبداً عليها (قوله وعلى أن الأكره والغصب مما يمنع عن الانتفاع فاقصر عن ذلك اعتماداً عليهما) أقول  
وهو بحث فإن صورة الغصب المذكورة في كلام المصنف (قوله اعتماداً عليهما) أقول ينبغي دلالته الحال ودلالته العرف





(الآن يشترط التجميل لما مر أن الشرط فيه لازم) قال في النهاية هذا وقع مخالف للعامة روايات الكتب من المبسوط ومبسوط شيخ الإسلام والذخيرة والمغني وشرح الجامع الصغير والفخر الاسلام وقاضيان والتمرتاشي والفوائد الظهيرية وذكر عن كل ذلك نقلا يدل على أن من استأجر خياطاً ليخط له في بيت المستأجر فله الأجر بقدر ما خطه ونقل عن الذخيرة يجب على المؤجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كانت له حصة معلومة (١٦٠) من الأجر كافي الجمل ثم قال ولكن نقل في التجريد أن الحكم قد ذكر فيه كاذ كرفي

قال (الآن يشترط التجميل) لما مر أن الشرط فيه لازم

الجزء على حصول كمال المقصود وذكر في الفصل الثاني من الذخيرة وفي الإجازة التي تنعقد على العمل ويبقى له أثر في العين لا يجب عليه أيضاً الأجر إلا بعد إيفاء العمل كله الآن يكون العمل للخياط والصباغ في بيت صاحب المال حيث يكون الجواب فيه كالجواب في الجمل على قوله لا تجب على المؤجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كان له حصة معلومة من الأجر كافي الجمل وذكر الامام قاضيان ولهذا الاستأجر خياطاً ليخط له في منزله كعامل فلا يستحق الأجر بقدر ما عمله وكذا أيضاً في غيرها ولكن نقل في التجريد أن الحكم قد ذكر فيه كاذ كرفي الكتاب فيجتمل أن المصنف تبع صاحب التجريد بأب الفاضل الكرماني في هذا الحكم وأقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على أن استحقاق بعض الأجر إنما هو إذا كان له حصة معلومة من الأجر كافي الجمل ثم قال ولكن نقل في التجريد أن الحكم قد ذكر فيه كاذ كرفي الكتاب فيجتمل أن المصنف تبع صاحب التجريد بأب الفاضل الكرماني في هذا الحكم والله سبحانه وتعالى أعلم بحالها والحق عنده إلى هنا فقط صاحب النهاية وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وأقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على أن استحقاق بعض الأجر إنما هو إذا كان له حصة معلومة وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عيننا لكل جزء حصة معلومة أو ليس لكم مثلاً أو للبدن (١) أو للدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة لا بتعيين ما وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كافي كل الثوب ولعل هذا معتمد المصنف اه كلامه (أقول) ليس ما قاله بشيء أما أولاً فلا تالاسلم أن ما يدل عليه كلام صاحب الذخيرة من أن استحقاق بعض الأجر إنما هو إذا كان له حصة معلومة إنما يكون إذا عيننا لكل جزء حصة معلومة بل يكون أيضاً إذا كان له حصة معلومة عند أهل الخبرة بتوزيع أجرة الكل على كل جزء منه بدون تعيين المتعاقدين لكل جزء منه حصة معلومة بل هو مراد صاحب الذخيرة كما يستظهر مما سلكه وقوله إذ ليس لكم أو للبدن أو للدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة ممنوع أيضاً نعم ليس بشيء أيضاً من ذلك حصة معينة في العقد عادة وهذا لا ينافي أن يكون حصة كل منهم معلومة بتوزيع أجرة الكل على الأجزاء كما لا يخفى وأما ثانياً فلا بد لو كان مراد صاحب الذخيرة بما إذا كانت له حصة معلومة ما إذا عيننا له حصة معلومة وصار حينئذ كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فاستوجب أجره كافي كل الثوب لزم أن لا يكون فرق بين ما إذا كان عمل الخياط أو الصباغ في بيت نفسه وبين ما إذا كان عمله في بيت صاحب المال في وجوب إيفاء الأجر إذا لا كلام لاحد في وجوب إيفاء الأجر بعد الفراغ وقد فرق صاحب الذخيرة بينهما حيث قال وفي الإجازة التي تنعقد على العمل ويبقى له أثر في العين فإنه لا يجب عليه إيفاء الأجر إلا بعد إيفاء العمل كله وإن كانت حصة ما استوفى معلومة الآن يكون العمل للخياط والصباغ في بيت صاحب المال فحينئذ يجب على المستأجر إيفاء الأجر بقدر ما استوفى من المنفعة إذا كانت له حصة معلومة من الأجر كافي الجمل انتهى وأما ثالثاً فلا بد من معنى لقوله ولعل هذا معتمد المصنف لأن ما ذكره المصنف مخالف قطعاً للمنطوق ما في الذخيرة وهو وجوب إيفاء الأجر على المستأجر بقدر

الكتاب فيجتمل أن المصنف تبع صاحب التجريد بأب الفاضل الكرماني في هذا الحكم وأقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على أن استحقاق بعض الأجر إنما هو إذا كان له حصة معلومة من الأجر كافي الجمل ثم قال ولكن نقل في التجريد أن الحكم قد ذكر فيه كاذ كرفي الكتاب فيجتمل أن المصنف تبع صاحب التجريد بأب الفاضل الكرماني في هذا الحكم والله سبحانه وتعالى أعلم بحالها والحق عنده إلى هنا فقط صاحب النهاية وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية وأقول كلام صاحب الذخيرة على ما نقله يدل على أن استحقاق بعض الأجر إنما هو إذا كان له حصة معلومة وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عيننا لكل جزء حصة معلومة أو ليس لكم مثلاً أو للبدن أو للدوامل حصة معلومة من كل الثوب عادة فلم تكن الحصة معلومة لا بتعيين ما وحينئذ يصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة بأجرة معلومة قد فرغ من عمله فيستوجب أجرة كافي كل الثوب ولعل هذا معتمد المصنف رحمه الله

(قوله قال في النهاية هذا وقع مخالف للعامة روايات الكتب إلى قوله ولكن نقل من التجريد الخ) أقول ورواية تحفة الفقهاء موافق لما ذكره المصنف أيضاً حيث قال وعلى هذا الخياط يخط له في منزله قيصاً فان خط بعضه لم يكن له أجر لان هذا العمل

ما استوفى

قوله وأرى أن ذلك إنما

لا ينتفع ببعضه فإذا فرغ منه ثم هلك فله الأجر لانه صار مسلماً للعمل عنده انتهى (قوله وأرى أن ذلك إنما يكون إذا عيننا الخ) أقول فيه بحث (قوله ويثبت بصير كل جزء بمنزلة ثوب على حدة الخ) أقول ووجه الفرق على هذا بين ذلك وبين ما إذا خطه في غير بيت المستأجر أنه إذا خط في بيته يوجد التسليم إذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الأجر بخلاف ما إذا خط في غيره وفيه بحث فان استجاب الأجر بالفراغ لا بالتسليم وجوابه ظاهر فإنه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب أجراً (١) قوله أو للدوامل هكذا في نسخ التكملة بالذال المهمة والميم وفي العناية الفوائد بالذال المهمة والهمز فليحذر اه محمده

قال ( ومن استأجر خبازا لخبزته ) ذكر هذا البيان حكيمين أحدهما أن الأجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة الخطاط آتيا والثاني أن فراغ العمل عما يكون فإذا استأجر خبازا لخبزته في بيته فقير دقيق بدرهم لم يستحق الاجرة حتى يخرج الخبز من التنور لان استحقاق الاجرة بتمام العمل وتمام العمل ( ١٦١ ) بالاخراج ( فلو احترق أو سقط من يده قبل الاخراج لا يستحق الاجرة حتى يخرج الخبز من التنور ) لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق أو سقط من يده قبل الاخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم

فقبل الاخراج لأجره للهلاك قبل التسليم) فان قيل خبزه في بيته يمنع أن يخرج غيره ومن عمل لراحد فهو أجير وحدواستحقاقه الاجرة لا يتوقف على الفراغ من العمل أجيب بأن أجير الواحد من وقع العقد في حقه على المدة كن استؤجر شهر الخدمة وما نحن فيه مستأجر على العمل فكان أجيرامشتركاوقف استحقاقه على فراغ العمل

قال ( ومن استأجر خبازا لخبزته في بيته فقير من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور ) لان تمام العمل بالاخراج فلو احترق أو سقط من يده قبل الاخراج فلا أجر له للهلاك قبل التسليم ما استوفى من المنفعة اذا كان العمل في بيته وليس عطايا أيضا لمفهوم قوله اذا كانت له حصه معلومة من الاجر وهو أن لا يجب عليه أجر أصلا اذا لم يكن لما استوفى من المنفعة حصه معلومة من الاجر لان مدلول كلام المصنف أن لا يجب عليه الاجر مطلقا أي سواء كانت له حصه معلومة من الاجر أو لا فانه قال وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ وكان فيما اذا عمل في غير بيت المستأجر لا يجب الاجر مطلقا قبل الفراغ بلا خلاف فدل قوله وكذا اذا عمل في بيت المستأجر لا يستوجب الاجر قبل الفراغ بلا خلاف على أن لا يجب عليه الاجر مطلقا قبل الفراغ فيما اذا عمل في بيته أيضا ولانه قال لما بناو امرأه به على ما صرح به الشراح فاطبة هو قوله لان العمل في البعض غير متوقع به ولا شك ان ذلك يقتضي أن لا يستوجب الاجر قبل الفراغ مطلقا فأنى يصلح ما في الذخيرة لأن يكون معتمد المصنف في كلامه المذكور ولم يصرح ان جملة ما ذكره صاحب العناية ههنا وهو محض فكيف ينبغي أن يصار الى مثله في توجيه كلام المصنف وهو علم التحقيق وعالم التدقيق ثم ان بعض الفضلاء كأنه قصد دفع الوجه الثاني من الوجوه الثلاثة التي ذكرناها آنفا لاختلال رأى الشارح المزور ههنا حيث قال في حاشيته على قول ذلك الشراح وحينئذ يصير كل جزئ من جزئ ثوب على حدة الخ وجه الفرق على ههناين ذلك وبين ما اذا خاط في غير بيت المستأجر أنه اذا خاط في بيته بوجده التسليم اذا فرغ من عمل ذلك البعض فيستوجب الاجر بخلاف ما اذا خاط في غيره وقال فيه بحث فان استجاب الاجر بالفراغ لا بالتسليم ثم قال وجوابه ظاهر فانه لو هلك قبل التسليم لا يستوجب اجرا اه كلامه ( أقول ) جوابه عن بحثه ليس بتمام ان لا شك أن استيجاب الاجر بتحقيق الفراغ ولهذا الوجه من الصباغ الثوب بعد الفراغ من العمل وقال لأعطيك حتى تعطيني الاجر فلهذا عند امتنا الثلاثة كما ان البائع أن يحبس المبيع لقبض الثمن صرح بذلك في الذخيرة وعامة المعبرات وسيأتي في الكتاب الا أنه لو هلك المتاع قبل تسليم الخطاط أو الصباغ اياه الى صاحبه ولو بعد الفراغ من العمل سقط الاجر كانه لو هلك المبيع قبل تسليم البائع اياه الى المشتري سقط الثمن فكان ابتداء تحقيق استيجاب الاجر في استئجار نحو القصار والخطاط بالفراغ من العمل وان كان بقاءه وتفرقه بتسليم المتاع الى صاحبه كما ان ابتداء تحقيق استحقاق الثمن في المبيع بتمام العقد وان كان بقاءه وتفرقه بتسليم المبيع الى المشتري والكلام ههنا في ابتداء تحقيق استيجاب الاجر ولهذا قال في الكتاب وليس القصار والخطاط أن يطالب باجرة حتى يفرغ من العمل ولم يقل حتى يسلم المتاع الى صاحبه فلا بد في اندفاع الوجه الثاني من الوجوه التي أوردناها على رأى صاحب العناية من ثبوت الفرق بين ما اذا عمل في بيت المستأجر وبين ما اذا عمل في غير بيته من جهة تحقيق الفراغ من العمل وعدم تحققه وليس فليس فتأمل ترشد ( قوله ومن استأجر خبازا لخبزته في بيته فقير من دقيق بدرهم لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من التنور ) قال في العناية ذكر هذا لبيان حكيمين أحدهما ان الأجير المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله وقد علم ذلك من مسئلة

قال المصنف ( ومن استأجر خبازا لخبزته في بيته الخ ) أقول في مبسوط السرخسي وكذلك الرجل يستأجر الخباز لخبزته في بيته دقيقا معلوما بأجر معلوم فخبزه ثم سرق فله الاجر تاما وان سرق قبل أن يفرغ فله من الاجر بحساب ما عمل وان كان يخبز في بيت الخباز لم يكن له من الاجر شيء ولا ضمان عليه فيما سرق في قول أبي حنيفة لانه أجير مشترك فلا يضمن ما هلك في يده بغير فعله انتهى ففيه مخالفة لما ذكره المصنف فتنبه لها وتأمل

( ٣١ - تكمله سابع ) في دفعها فانه يجوز أن يكون المراد من قوله قبل أن يفرغ ما اذا خبز بعض دقيق

كنصفه مثلا تاما ولم يخبز البعض الآخر ( قوله أحدهما ان الأجير المشترك لا يستحق الاجرة الخ ) أقول الجمال أجير مشترك ويستحق الاجرة قبل الفراغ من عمله الا أن يجعل قطع كل مرحلة عملا على حدة ( قوله وما نحن فيه مستأجر على العمل الخ ) أقول اما اذا استأجر خبازا يوما لخبزته في بيته فانه أجير واحد يستوجب الاجر بتسليم النفس ولا يتوقف على الفراغ من العمل

(فإن أخرجه من التنوير ثم احترق من غير فعله فله الاجر) لان عمله تم بالاخراج والتسليم وجد بالوضع في بيته (ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه جناية توجب) قال المصنف رحمه الله (وهذا) أي قوله لا ضمان عليه (عند أبي حنيفة لانه أمانة في يده) ولا ضمان على الامين (وعندهم يضمن) لان العيين مضمون عليه كالمضروب على الغاصب (ولا يبرأ الا بحقيقة التسليم) والوضع في بيته ليس كذلك ثم اذا وجب الضمان كان صاحب الدقيق بالخيار ان شاء ضمنه مثل دقيقه ولا أجر له وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه الاجر ولا ضمان عليه في الخطب والملح عندهم ما لان ذلك صار مستحكما قبل وجوب الضمان عليه وحال وجوبه مادام لا قيمة له قال في النهاية هذا الذي ذكره من الاختلاف اختيار القدوري وأما عند غيره فهو مجرى على عمومه بأنه لا ضمان بالاتفاق أما عنده فلا نه لم يملك من عمله وأما على قوله ما فلا نه هلك بعد التسليم وهذا يتم ان كان الوضع في بيته تسليما (ومن استأجر طبيا ليطبخ له طعاما وليمة فعليه تفريغه الى القصاع) لانه من تمام عمله عرفا وان استوجب في طبخ قدر خاصة فليس عليه الغرف (ومن استأجر انسانا لضرب له لبنا استحق الاجر عند أبي حنيفة باقامتها) فان أفسده المطر قبل ذلك أو أنكسر فلا أجر له (١٦٣) لا يصير مسلما لم يصير لبنا وما دام على الارض لم يصير لبنا (وقالا لا يستحقه حتى يشرجه)

(فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر) لانه صار مسلما اليه بالوضع في بيته ولا ضمان عليه لانه لم توجد منه الجناية قال وهذا عند أبي حنيفة لانه أمانة في يده وعندهما يضمن مثل دقيقه ولا أجر له لانه مضمون عليه فلا يبرأ الا بعد حقيقة التسليم وان شاء ضمنه الخبز وأعطاه الاجر قال (ومن استأجر طبيا ليطبخ له طعاما للوليمة فالغرف عليه) اعتبارا للغرف قال (ومن استأجر انسانا لضرب له لبنا استحق الاجر اذا أقامها عند أبي حنيفة وقال لا يستحقها حتى يشرجها) لان التشرية من تمام عمله اذا يؤمن من الفساد قبل فصار كخراج الخبز من التنوير لان الاجر هو الذي يتولاه عرفا وهو المعتبر فيما لم ينص عليه ولا يحنيفة أن العمل قد تم بالاقامة والتشريع عمل زائد كالنقل ألا ترى أنه ينتفع به قبل التشرية بالنقل الى موضع العمل بخلاف ما قبل الاقامة لانه طين منتشر وبخلاف الخبز لانه غير منتفع به قبل الاخراج قال (وكل صانع لعمله أثر في العين كالمصارع والمصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي الأجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب وهو ظاهر والمعقود عليه جاز حبسه لاستيفاء البدل كافي البيع فالوصف القائم في الثوب جاز حبسه لاستيفاء البدل والوصف لا ينفك عن العين فجار حبسها لذلك فان قيل فعلى هذا التقرير يكون حبس العين ضروريا فلا يتعدى الى عدم الضمان ولو حبسه فضاغ لا ضمان عليه

أي ينضه بضم بعضه الى بعض (لان التشرية من تمام عمله) عرفا وباقي كلامه ظاهر قال (وكل صانع لعمله أثر في العين كالمصارع والمصباغ فله أن يحبس العين حتى يستوفي الأجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب وهو ظاهر والمعقود عليه جاز حبسه لاستيفاء البدل كافي البيع فالوصف القائم في الثوب جاز حبسه لاستيفاء البدل والوصف لا ينفك عن العين فجار حبسها لذلك فان قيل فعلى هذا التقرير يكون حبس العين ضروريا فلا يتعدى الى عدم الضمان ولو حبسه فضاغ لا ضمان عليه

الخطا آتقا والثاني ان فراغ العمل بماذا يكون اه (أقول) فيه شئ وهو انه اذا علم من مسئلة الخطا آتقا أن الاجر المشترك لا يستحق الاجرة حتى يفرغ من عمله يصير بيان ذلك ههنا تحصيل الحاصل ولا ينبغي أن يقصده العاقل فالوجه أن المقصود من ذكر هذه المسئلة اعماها بيان الحكم الثاني وهو أن الفسراغ من العمل في الخبز بماذا يكون ويرشد اليه أنه قال لم يستحق الاجر حتى يخرج الخبز من

الجواب ما أشار اليه بقوله لانه غير متعد يعني ان الضمان لا يلزم الاعنى المتعدى وهو غير متعد فلا يلزمه الضمان التور لكنه لا أجر له لاله لا المعقود عليه قبل التسليم وعند أبي يوسف ومحمد العين كانت مضمونة عليه قبل الحبس فكذا بعده لكنه بالخيار ان شاء ضمنه قيمته غير ممول ولا أجر له وان شاء ضمنه ممول ولا أجر له وسند كرم في باب ضمان الأخير

قال المصنف (فإن أخرجه ثم احترق من غير فعله فله الاجر) أقول في الوقاية وان احترق بعد ما أخرجه فله الاجر وقوله لا ولا غرم فيما وقال صدر الشرية أي في الاحتراق قبل الاخراج وبعد الاخراج وقال صاحب الدرر والغرر فيه بحث أما أولا فلا نه مخالف لما في شروح الهداية ان فيما قبل الاخراج غرم حتى قال في غاية البيان انما قد بعدم الضمان في صورة الاحتراق بعد الاخراج من التنوير لانه اذا احترق قبل الاخراج فعليه الضمان في قول أصحابنا جميعا وأما ثانيا فلا نه مخالف للقاعدة المقررة الا في ذكرها من ان الاجر المشترك يضمن ما تاف به لانه انتهى كلامه قال المصنف (لانه مضمون عليه) أقول تعليل لقوله يضمن ملاحظة تعلقه بالمفعول قال المصنف (الآثرى أنه ينتفع به) أقول فيه اشارة الى الجواب عن دليلهم الثاني يعني أن العرف مشترك فكأنه قديم ولا فقه ينقل من موضع العمل قبل التشرية وفي القاموس التشرية يفسد اللبن



وكل صانع ليس لعمله أثر في العين كالجمال بالحاء والجيم فليس له أن يجبس له لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين بل انما هو قائم بالعمل أو بعينه له والحبس فيه غير متصور وغسل الثوب نظير الحبس يعني إذا لم يكن ثمة من النشأ وغيره سوى إزالة الوسخ بالماء وأما إذا كان فهي مسألة القصار وهذا مختار بعض المشايخ واختاره المصنف رحمه الله وذكر في المسبوط وجامع فانيخا أن أحداث البياض في الثوب بإزالة الدرن بمنزلة عمل له أثر في العين قليل وهو الأصح لأن البياض كان مستترا وقد ظهر بفعله (قوله وهذا بخلاف الآتي) جواب عما يقال الآتي إذا رده انسان كان له حق الحبس وإن لم يكن لعمله أثر في العين قائم ووجهه أن الآتي كان على شرف الهلاك وقد أحياء برده فكأنه باعه منه فله حق الحبس (وهذا الذي ذكرنا) يعني حق الحبس للصانع بالاجر فيما إذا كان لعمله أثر هو (مذهب العلماء الثلاثة وقال زفر) قيل هو مذهب الشافعي رحمه الله (ليس له حق الحبس في الوجهين) يعني في الذي لعمله فيه أثر وفيما لم يكن (لأنه وقع التسليم باتصال المعقود عليه بملكه) والمسلم إلى صاحبه لا يتصور حبسه كالموكل في بيت الصاحب والجواب (أن الاتصال بالحل ضرورة إقامة العمل) وذلك جهة غير التسليم فلا يلزم من ذلك الرضا بالاتصال من حيث التسليم (فلا يسقط حق الحبس) وتطير ذلك الوكيل إذا نقد الثمن من ماله وقبض المبيع كان له أن يجبس (١٦٣) وقد تقدم فصار كقبض المشتري

المبيع بغير رضا البائع فإن البائع أن يجبس وأن يسلمه المشتري لكونه بغير رضاه قال (وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه الخ) وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه نقل عن جسد الدين الضرر رحمه الله هو مثل أن يقول أن تعمل بنفسك أو بيدك مثلا واليه أشار المصنف رحمه الله بقوله أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لأن المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عينه كالتفعة في محل بعينه كأن استأجر دابة بعينه

قال (وكل صانع ليس لعمله أثر في العين فليس له أن يجبس العين للاجر كالجمال والملاح) لأن المعقود عليه نفس العمل وهو غير قائم في العين فلا يتصور حبسه فليس له ولاية الحبس وغسل الثوب نظير الحبس وهذا بخلاف الآتي حيث يكون لأراد حق حبسه لاستيفاء الجعل ولا أثر لعمله لأنه كان على شرف الهلاك وقد أحياء فكأنه باعه منه فله حق الحبس وهذا الذي ذكرنا مذهب علماء الثلاثة وقال زفر ليس له حق الحبس في الوجهين لأنه وقع التسليم باتصال المبيع بملكه فيسقط حق الحبس ولنا أن الاتصال بالحل ضرورة إقامة تسليم العمل فلم يكن هو راضيا به من حيث أنه تسليم فلا يسقط حق الحبس كما إذا قبض المشتري بغير رضا البائع قال (وإذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه ليس له أن يستعمل غيره) لأن المعقود عليه العمل في محل بعينه فيستحق عينه كالتفعة في محل بعينه (وإن أطلق له العمل فله أن يستأجر من يعمل له) لأن المستحق عمل في ذمته ويمكن إيفاءه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين (ومن استأجر رجلا ليذهب إلى البصرة فيجيء بعباله فذهب فوجد بعضهم قد مات فجاء بمن بقي فله الاجر بحسابه) لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره ومراعاة إذا كانوا معلومين (وإن استأجره ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة ويحيى بجوابه فذهب فوجد فلان ميتا فرد فلا أجر له)

التنوير ولم يقل حتى يفرغ من العمل بإخراج الخبز من التنوير ولو كان مراده بيان الحكمين معالقال هكذا تدبر

بعينها الحمل فإنه ليس للأجير أن يسلم غيرها وفيه تأمل لأنه إن خالفه إلى خبر بأن استعمل من هو أصنع منه في ذلك الفن أو سلم دابة أقوى من ذلك كان ينبغي أن يجوز وأن أطلق العمل فله أن يستأجر من يعمل له لأن المستحق العمل ويمكن إيفاءه بنفسه وبالاستعانة بغيره بمنزلة إيفاء الدين والله أعلم

(فصل) لما ذكرنا استحقاق تمام الاجر ذكر في هذا الفصل عدم استحقاق تمام الاجر أو بعضه وعقبه لاصل الباب لأن استحقاق تمام الاجر هو الاصل والنقصان لعراض (ومن استأجر رجلا ليذهب إلى البصرة فيجيء بعباله فذهب فوجد بعضهم ميتا فجاء بالباقي) فاما ان يكون على جماعة معلوم العدد أو لا فان كان الثاني استحق جيع الاجرة وان كان الاول (فله الاجر بحسابه لأنه أوفى بعض المعقود عليه فيستحق العوض بقدره) وهو اختيار الفقيه أبي جعفر الهذلي واختاره المصنف واليه أشار بقوله (ومراعاة) يعني القدوري رحمه الله (إذا كانوا معلومين وان استأجره ليذهب بكتابه إلى فلان بالبصرة يأتي بالجواب فذهب فوجد ميتا) فاما ان يرد الكتاب أو لا فان كان الثاني استحق أجر الذهاب بالاجماع وان كان الاول (فلا أجر له)

(فصل) ومن استأجر رجلا قال المصنف (ومراعاة) (الخ) أقول في البرازية وإن لم يكونا معلومين فالاجرة فاسدة وفي الدرر والغرر وإن لم يكن عياله معلومين فله كل الاجر فتأمل فإنه لا مخالفة كما سيوضح في الدرس الآتي من العناية



عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله وقال محمد رحمه الله له أجر الذهاب (وهذا بناء على أن المعقود عليه قطع المسافة أو نقل الكتاب وقع عند محمد رحمه الله أنه قطع المسافة لأن المشقة فيه دون نقل الكتاب وقد أوفى بعض المعقود عليه بذهابه فيستحق الأجر المقابل له ووقع عندهما أنه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إلى المقصود وهو علم ما في الكتاب وقد نقضه بوجه فيسقط الأجر كما إذا استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبدرة فذهب به ووجدته ميتة فأنه لا أجر له بالاتفاق لنقضه تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام وليس بنافض على محمد لأن المعقود عليه في مسألة الكتاب عنده قطع المسافة ولم ينقض ما قطعه منها والله أعلم

### باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

لما فرغ من ذكر الإجارة (١٦٤) وشرطها ووقت استحقاق الأجرة ذكرها ما يجوز من الإجارة باطلاق اللفظ

هذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد له الأجر في الذهاب لأنه أوفى بعض المعقود عليه وهو قطع المسافة وهذا لأن الأجر مقابل به لما فيه من المشقة دون حمل الكتاب بخلافه مؤنثه وإلها أن المعقود عليه نقل الكتاب لأنه هو المقصود أو وسيلة إليه وهو العلم بما في الكتاب ولكن الحكم معلق به وقد نقضه فيسقط الأجر كافي الطعام وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة (وان ترك الكتاب في ذلك المكان وعاد يستحق الأجر بالذهاب بالاجماع) لأن الحمل لم ينقض (وان استأجره ليذهب بطعام إلى فلان بالبصرة فذهب فوجد فلا تميز فأنه لا أجر له في قولهم جميعاً) لأنه نقض تسليم المعقود عليه وهو حمل الطعام بخلاف مسألة الكتاب على قول محمد لأن المعقود عليه هناك قطع المسافة على ما مر

### باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

قال (و يجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها)

### باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

قال في النهاية ومعراج الدراية لما ذكره من إجماع الإجارة ذكر في هذا الباب ما هو المقصود منها وهو بيان ما يجوز من عقود الإجارة وما لا يجوز منها انتهى (أقول) فيه نوع خلل لأنه لم يذكر في هذا الباب ما لا يجوز من الإجارة وانما ذكر ذلك في باب آخر أعقب هذا الباب وهو باب الإجارة الفاسدة بل انما ذكر في هذا الباب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها من المستأجر للتوثر كما وقع في عنوان الباب وقال في غاية البيان والعناية لما فرغ من ذكر الإجارة وشرطها ووقت استحقاق الأجرة ذكر هنا ما يجوز من الإجارة باطلاق اللفظ وتقييده وذكر أيضاً من الأفعال ما يعد خلافاً من الأجر للتوثر وما لا يعد خلافاً انتهى (أقول) فيه أيضاً شئ فتماسل (قوله ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى وان لم يبين ما يعمل فيها) قال تاج الشريعة قوله للسكنى صلة الدور والحوانيت لاصلة الاستئجار يعني ويجوز استئجار الدور والحوانيت المعدة للسكنى لأن يقول زمان العقد استأجرت هذه الدار للسكنى لأنه لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى والتعليل يدل على ما ذكرته انتهى كلامه ومال أكثر الشراح إلى سمته في تصوير هذه المسئلة غير أن صاحب الغاية بعد أن ذكر ذلك المعنى وصححه قال ويجوز أن يتعلق قوله للسكنى بالاستئجار أي يجوز استئجار الدور والحوانيت لأجل السكنى وان لم يبين ما يعمل فيها وله أن يعمل كل شئ لا يوهن البناء ولا يفسده وهو الظاهر من كلام القدروري إلى هنا كلامه

وتقييده وذكر أيضاً من الأفعال ما يعد خلافاً من الأجر للتوثر وما لا يعد خلافاً قال (ويجوز استئجار الدور والحوانيت للسكنى الخ) قيل صورة المسئلة أن يقول استأجرت هذه الدار شهراً بكذا ولم يبين ما يعمل فيه من السكنى وغيره فذلك جائز وينصرف إلى السكنى وان لم يبين

### باب ما يجوز من الإجارة وما يكون خلافاً فيها

(قوله باب ما يجوز من الإجارة) أقول أجل المراد باب تفصيل ما يجوز من الإجارة فيتمضم وجه التأخير لأن التفصيل بعد الاجمال فليتأمل قال المصنف (ويجوز استئجار الدور والحوانيت) أقول في الفصل الحادي عشر

(أقول)

من إجازات المحيط البرهاني في فتاوى أبي الليث إذا أجرة المرأة أدارها

من زوجها وسكنها جميعاً فلا أجر لها قال وهو يمتثل له استئجارها للطبخ أو لتخبز هكذا ذكرته في المعنى ان التسليم شرط الصحة الإجارة ولو جوب الأجر وسكنها معه يمنع التسليم والحكم بمنوع والعلة من دودة القياس على استئجارها للطبخ والتأجير لا يصح لأن الطبخ والتخبز مستحق عليهما ديانة ان لم يكن مستحقاً عليهما كما إذا سكن الزوج في منزلها غير مستحق عليهما ديانة ولا حكم وقوله بأن سكنها مع الزوج يمنع التسليم قلنا لا يمنع لأنها تابعة للزوج في السكنى كالفصل في الهبة (قوله للسكنى) أقول حال من الدور والحوانيت أي كائنين معدتين للسكنى

لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه وانه لا يتفاوت فصم العقد

(أقول) فيما قال تاج الشريعة كلام أما أولا فلانه لو كان قوله للسكنى صلة للدور والحوائث وكان المعنى ويجوز استئجار الدور والحوائث المعدة للسكنى لم يظهر التقييد بقوله للسكنى فائدة أصلا لانه اما ان يقصد به الاحتراز عن الدور والحوائث الغير المعدة للسكنى أو يقصد به مجرد بيان حال الدور والحوائث بأنها معدة للسكنى فان كان الاول فمع عدم تحقق دار أو حافوت لم يعد للسكنى في الخارج لم يصح الاحتراز اذ الظاهر ان الحكم في استئجار كل دار وحافوت ماذ كرى الكتاب وهو الجواز وان كان الثاني فهو من قبيل النعوت فان كون الدور والحوائث مما يعد للسكنى غنى عن البيان غير مخفى على أحد وأما ثانيا فلان قوله لو نص هكذا وقت العقد لا يكون له أن يعمل فيها غير السكنى ممنوع لانه لو نص وقت العقد على استئجار الدور والحوائث لاجل السكنى وعمل فيها غير السكنى مما هو أنفع للبناء من السكنى ينبغي أن يجوز لان التقييد فيما لا يتفاوت غير معتبر على ما صرحوا به ولهذا اذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره كما سأتى في الكتاب ففيما هو أنفع مما شرط وقت العقد أولى أن لا يعتبر التقييد ثم الانصاف أنه لو لم يقع في عبارة مختصر القصد ورى قيد السكنى في وضع هذه المسئلة كما لم يقع في عبارة عامة معتبرات التدون لكان أولى وأحسن كما لا يخفى (قوله لان العمل المتعارف فيها السكنى فينصرف اليه) ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح كارد على صدر الشريعة حيث قال لان العمل المتعارف فيه السكنى فينصرف اليه لا يتفاوت فصم العقد لانه لا ينتظمه قوله انه أن يعمل كل شئ سوى موهن البناء بل لان الاصل ان كل عمل لا يضر البناء يستحقه بطلاق العقد انتهى كلامه (أقول) ليس شئ من شطرى كلامه بسديد أما شطره الاول فلان مراد المصنف وغيره أن العرف يصرف مطلق العمل الى السكنى وبعد ذلك تبقى أعمال السكنى على اطلاقها فله أن يعمل كل شئ منها لهذا الاطلاق سوى ما يوهن البناء لتحقيق الضرر الظاهر فيه ولا منافاة بين القول بصرف العرف مطلق العمل الى أعمال السكنى وبين القول بأن له أن يعمل كل شئ من أعمال السكنى لاطلاق عمل السكنى نظرا الى أنواعه وأصنافه وعدم التفاوت فيه فلا غبار في التعليل الذي ذكره المصنف وغيره وأما شطره الثاني فلانه لو كان الاصل أن كل عمل لا يضر البناء يستحقه مستأجر الدور والحوائث بطلاق العقد بدون المصير الى أن المتعارف فيه هو السكنى لزم أن يستحق العمل الذي ليس من جنس السكنى أيضا ولم يقل به أحد بل صرحوا في عامة المعبرات بأنه مصرف العرف الى عمل السكنى وهو لا يتفاوت فيصم العقد من غير بيان وقالوا ان هذا استحسان وفي القياس لا يصح لان مطلق العمل والانتفاع يتناول عمل السكنى وغيره فيتفاوت فلا يكون بدمن البيان للجهالة المفوضة الى النزاع كما في استئجار الاراضي للزراعة (قوله وانه لا يتفاوت فصم العقد) قال صاحب العناية هذا جواب عما عسى أن يقال سلمنا ان السكنى متعارف ولكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه وقال بعض الفضلاء لامساس لهذا السؤال بالمقام اذ الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لافي بيان من يسكن (أقول) لعزل لفظ السكان في كلام صاحب العناية وقع سهوا من الكاتب بدلا من لفظ السكنى فحينئذ مساس السؤال بالمقام ظاهر وأما على ما وقع في النسخ المشهورة فالمراد ان قد تتفاوت السكنى بتفاوت السكان في العمل فلا بد من بيان ما يعمل فيها ولما كان تفاوت السكان في العمل سببا لتفاوت نفس العمل الذي هو السكنى اكتفى بذلك بتفاوت السكان قصرنا للسافة ويرشد اليه قوله ووجهه يعنى وجهه الجواب ان السكنى لا تتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح ان انتهى حيث قال ان السكنى لا تتفاوت ولم يقل ان السكان لا يتفاوتون تدبر ترشد وقال الشارح العيني وفي بعض النسخ ولانه لا يتفاوت وهكذا صححه صاحب العناية ولهذا قال هذا

لان العمل المتعارف فيها هو السكنى وبه يسمى مسكنا وفي القياس لا يجوز لان المقصود من الدور والحوائث الانتفاع وهو متنوع فوجب أن لا يجوز ما لم يبين شيئا من ذلك ووجه الاستحسان أن المعروف كالشروط نصابا فينصرف اليه (قوله ولانه لا يتفاوت) جواب عما عسى أن يقال سلمنا ان السكنى متعارف لكن قد تتفاوت السكان فلا بد من بيانه ووجهه ان السكنى لا تتفاوت وما لا يتفاوت لا يشتمل على ما يفسد العقد فيصح

(قوله ولانه لا يتفاوت) أقول الظاهر وأنه لا يتفاوت (قوله جواب عما عسى أن يقال سلمنا الخ) أقول لامساس لهذا السؤال بالمقام اذ الكلام في عدم وجوب بيان ما يعمل فيها لافي بيان من يسكن

(وله أن يعمل كل شيء من السكنى والاسكان والوضوء والغسل وغسل الثياب وكسر الحطب للوقيد وغيرها مما هو من توابع السكنى (للاطلاق) أي لاطلاق العقد فإنه ليس بمقيد بشيء دون شيء (الأنه لا يسكن حدا ولا قصارا ولا طحانا) بالماء والادبة دون اليد ان لم يوهن البناء وفي الجملة كل ما لم يضر به البناء جاز أن يعمل فيه ويتقيد به وقوله لا يسكن يجوز أن يكون بفتح الياء وقوله حدا إذا يكون نصبا على الحال وينتفي به الاسكان دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء ويجوز استئجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهود فيها ) وينبغي أن به سكتا دلالة لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء ( ويجوز استئجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهود فيها ) وينبغي أن يذكرا أنه يستأجرها للزراعة لانها تستأجر لغيرها أيضا فلا بد من البيان نفيا للجهالة ولا بد من بيان (١٦٦)

(وله أن يعمل كل شيء) للاطلاق (الأنه لا يسكن حدا ولا قصارا ولا طحانا لان فيه ضررا ظاهرا) لانه يوهن البناء فيستفيد العقد بما وراءه دلالة قال ( ويجوز استئجار الاراضي للزراعة ) لانها منفعة مقصودة معهود فيها (ولاستأجر الشرب والطريق وان لم يشترط ) لان الاجارة تعدد لان ارتفاع ولا انتفاع في الحال الاجر ما فيه دخلا في مطلق العقد بخلاف البيع لان المقصود منه ملك الرقبة لا الانتفاع في الحال حتى يجوز بيع الخشب والارض السبعة دون الاجارة فلا يدخلان فيه من غير ذكر الحقوق وقد مر في البيوع ( ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها ) لانها قد تستأجر للزراعة وغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لاتقع المنازعة ( أو يقول على أن يزرع فيها ماشاء ) لانه لما فوض الخيرة اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى المنازعة قال ( ويجوز أن يستأجر الساحة ليبنى فيها أوليغرس فيها انخلا أو شجرا ) لانها منفعة تقصد بالاراضي

ما يزرع فيها لانه يتفاوت في الضرر بالارض وعدمه فلا بد من التعيين قطعا للمنازعة أو يقول على أن يزرع فيها ماشاء لانه لما فوض الاختيار اليه ارتفعت الجهالة المفضية الى النزاع ( ويدخل الشرب والطريق في العقد بلا تنصيص لان الاجارة تعدد للانتفاع ولا انتفاع الا بما فيه دخلا في مطلق العقد بخلاف البيع فان المقصود منه ملك الرقبة وقد مر في باب الحقوق من كتاب البيوع ويجوز أن يستأجر الساحة ) وهي الارض الخالية من البناء والشجر ( ليبنى فيها أوليغرس لان ذلك منفعة مقصودة بالاراضي ) فيصح بها العقد

جواب عما عسى أن يقال سلمنا أن السكنى متعارف الخ ( أقول ) كلامه ليس بصحيح أما أولا فلان صاحب العناية لم يصح تلك النسخة بل لم يتعرض لها قط وأما ثانيا فلان جعل صاحب العناية قول المصنف هذا جوابا عن سؤال مقدر لا يدل على نسخة ولا نه بل بأها اذ مقتضى هذه النسخة أن يكون قول المصنف هذا دليلا آخر مستقلا والذي يكون جوابا عن سؤال مقدر انما يكون من متمام ما قبله فلم يصح قوله وهذا قال هذا جواب عما عسى أن يقال الخ وان أراد أن المذكور في لفظ العناية بصدد الشرح عبارة هذه النسخة لا غير فليس كذلك أيضا بل المذكور فيها رأينا من نسخ العناية عبارة وأنه بدون اللام ( قوله لان فيه ضررا ظاهرا لانه يوهن البناء فيستفيد العقد بما وراءه دلالة ) أقول لقائل أن يقول الظاهر من هذا الكلام أن أعمال السكنى متفاوت فبعض منها الا يوهن البناء وبعض آخرها يوهنه كالمسألة المذكورة فصار محالفا لقوله فيما مر أعفوا انه يعنى السكنى لا يتفاوت ويمكن أن يقال ان معنى قوله السابق انه لا يتفاوت غالبا فالذى يضر البناء ويوهنه خارج عن العقد بدلالة الحال وذلك القسم الغالب باق على حاله فلا أن يعمل من ذلك ماشاء فتأمل ( قوله ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لانها قد تستأجر للزراعة وغيرها وما يزرع فيها متفاوت فلا بد من التعيين كي لاتقع المنازعة ) أقول لقائل أن يقول في التعليل شائبة الاستدراك اذ يمكن في تمامه أن يقال لان ما يزرع فيها متفاوت وقوله لانها قد تستأجر للزراعة وغيرها لا يطابق المدعى ولا يقع له في اثباته فالجواب انه لا بد في صحة عقد استئجار الاراضي للزراعة من أمرين أحدهما بيان أنه يستأجرها للزراعة لانها

( قوله لاتحاد المناط وهو الضرر بالبناء ) أقول فيه رد على الاتقاني ولكن بقى ههنا كلام وهو ان اتحاد المناط لا يكفي في الدلالة لوجوده في القياس أيضا

بل لا بد مع ذلك ان يدرك بالغة فتأمل هل يوجد ذلك هنا قال المصنف ( ويجوز استئجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهود فيها ) أقول انما قال ذلك لان كون المنفعة مقصودة يعتاد استيفاءها بعقد الاجارة ويجري بها التعامل من الناس من شرائط صحة الاجارة قال في البدائع في تعليل هذا الشرط لانها عقد شرع بخلاف القياس لحاجة الناس ولا حاجة فيما لا تعامل فيه للناس ثم قال فلا يجوز استئجار الاشجار لتجفيف الثياب عليها والاستغلال بها لان هذه منفعة غير مقصودة من الشجر ولو اشترى ثمرة شجرة ثم استأجر الشجرة لتبعية ذلك فيه لم يجز لانه لم يقصد من الشجرة هذا النوع من المنفعة عادة

(فإذا انقضت المدّة لم يستأجر قلعهما وتسليمهما فأرغة لأنه لا نهاية لهم ما في إبقائهما ضرر بصاحب الأرض) هذا من جانب المستأجر وأما من جانب المؤجر فلا أن الأرض إما أن تنقص بالقلع أولا فإن كان الأول فإن شاء يغرم له قيمة ذلك مقلوعا ويتأكد رضاه به المستأجر أولا وإن شاء رضى بتركها على حالها فيكون البناء لهذا والأرض لذلك لأن الحق له فله أن يتركه وإن كان الثاني فله أن يغرم قيمة ذلك مقلوعا لكن برضا المستأجر ( وهذا بخلاف الزرع إذا انقضت المدّة وهو بقل حيث يترك بأجر المثل إلى أن يدرك لأنه نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين ) وذلك لأننا لو قلعناه تضرر المستأجر ولو تركنا الأرض بيده بلا أجر تضرر المؤجر وفي تركه بأجر رعاية الجانبين فصي إليه وأورد مسئلة الجاسع الصغيري بأن الرطبة كالشجرة (١٦٧) قال (ويجوز استئجار الدواب

الركوب والجل الخ) اذا

استأجر دابة للركوب فاما

أن يقول عند العقد

استأجرت للركوب ولم

يزدعليه أوزاد نقال علی

آن یرکب من شاء أو علی

آن پرکب فلان فہی

ثلاثة أوجه فان كان

## الاول فالعقد فاسد لانه

مما يختلف اختلافا

فاحشا فان أركب شخصا

ومضت المدة فالقياس أن

يجب عليه أجر المثل لانه

استوفى المعقود عليه

بعقد فاسد فلا يتقلب الى

الجواز كالواشتری شیاً

## بخمر او خنزیر وفی

## الاستحسان يجب المسمى

ويتقلب جائزا لان الفساد

كان للجهالة وقد ارتفعت

حالة الاستعمال فكانها

ارتفعت من الابتداء

لانها قد دينة قد ساعة

فساعة فكل جزء منه

ابتداء و اذا ارتفعت

الجهالة من الابتداء

صح العقد في كذا ههنا وان

(ثم اذا انقضت مدة الاجارة لمزمه أن يقلع البناء والغرس ويسلمها اليه فارغة) لانه لانه نهاية لهما وفي ابقائهما  
اخرار بصاحب الارض بخلاف ما اذا انقضت المدة والزرع بقل حيث يترك بأجر المثل الى زمان الادراك  
لانه نهاية معلومة فامكن رعاية الجانبين قال (الأن يختار صاحب الارض أن يغرم له قيمة ذلك  
مقلوعا ويملكه فله ذلك) وهذا برضا صاحب الغرس والشجر الآن تنقص الارض بقلعها فحينئذ  
يملكها ما غير رضاه قال (أو يرضى بتركه على حاله فيكون البناء لهذا والارض لهذا) لان الحق له  
فله أن لا يستوفيه قال (وفي الجامع الصغير اذا انقضت مدة الاجارة وفي الارض رطوبة فانها تقام)  
لان الرطاب لانها لها فاشبه الشجر قال (ويجوز استئجار الدواب للركوب والجل) لانه منفعة  
معلومة معهوده (فان أطلق الركب جازله أن يركب من شاء) على الاطلاق ولكن اذا ركب  
بنفسه أو أركب واحدا ليس له أن يركب غيره لانه تعيين مراد من الاصل والناس يتفاوتون في  
الركوب فصاركانه نص على ركوبه

قد تستأجر لغيرها أيضا فلا بد من نفي الجهالة وثانيهما بيان ما يزرع فيها كما صرح به في الكتاب بقوله ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها والمصنف لما رأى اندراج الاول أيضا التزاما في مدلول قوله حتى يسمى ما يزرع فيها بناء على أن تسمية ما يزرع فيها فرع تسمية نفس الزراعة أشار الى تعليل كلا الامرين أما الى تعليل الاول فقوله لانها قد تستأجر للزراعة ولغيرها وأما الى تعليل الثاني فقوله وما يزرع فيها متفاوت فلم يكن في التعليل المزبور استدراك بل كان فيه زيادة فائدة وكان صاحب العناية تفتن لهذه الدققة حيث قال في تقرير المقام ويجوز استئجار الاراضي للزراعة لانها منفعة مقصودة معهود فيها وينبغي أن يذكر أنه يستأجرها للزراعة لانها تستأجر لغيرها أيضا فلا بد من البيان نفيًا للجهالة ولابد من بيان ما يزرع فيها لانه متفاوت في الضرر بالارض وعدمه فلا بد من التعيين قطعًا للنازعة انتهى (قوله فان أطلق الركوب جازله أن يركب من شاء عملاً بالاطلاق) اعلم أن استئجار الدواب للركوب على ثلاثة أوجه لان المستأجر إما أن يقول عند العقد استأجرتم الركوب ولم يزد عليه شيئاً وزاد فعلى هذا إما أن يقول على أن يركب من شاء أو يقول على أن يركب فـلان في الوجه الاول يفسد العقد لان الركوب مما يختلف اختلافًا فاحشاً فيكون المعقود عليه مجهولاً فان أركب شخصاً ومضت المدة فالقياس أن يجب عليه أجر المثل لانه استوفى المعقود عليه بعد فساد فلا ينقلب الى الجواز وفي الاستحسان يجب المسمى وينقلب جائز لان الفساد كان للجهالة وقد ارتفعت حالة الاستعمال فكانت تها ارتفعت من الابتداء لان عقد الاجارة ينقصد ساعة فساعة فكل جزء منه ابتداء وإذا

كان الثاني صح العقد وبحسب المسمى ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره لانه تعين مراداً من الأصل على الوجه الذي قلنا فان أركب غيره بعد ذلك فخطبت ضمن وهذا الوجه هو المذكور في الكتاب أولاً والمراد بقوله فان أطلق الركوب هو أن يقول على أن ركب من شاء وان كان الثالث فلس له أن تعدد لانه تعين مقعداً لا بد من اعتباره فان تعدد كان ضامناً

(قوله وان كان الثاني فله ان يغرم قيمته ذلك مقبوعا) أقول وان شاء عرضي بتركها على حالها ولم يتركها الشارح تعويلا على ان فهمه من الكلام (قوله على الوجه الذي قلنا) أقول آنفا

وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعملين كالثوب والخمعة وحكم الحمل تحكم الركوب بخلاف العقار فإنه إذا شرط سكنى واحد بهما جازساكن غيره لأن التقيد غير مفيد لعدم التفاوت فإن قيل قد تتفاوت السكان أيضا فإن سكنى بعض قد يتضرر به كالحدا ونحوه أجاب بقوله (والذي يضر بالبناء خارج (١٦٨) على ما ذكرنا) واعتبر ما ذكرنا كرت لك تستغن عما في النهاية من التطويل وقول المصنف

(وكذلك إذا استأجر ثوبا باللس وأطلق جاز فمأذ كرنا) لاطلاق اللفظ وتفاوت الناس في اللبس (وان قال على أن يركبها فلان أو يلبس الثوب فلان فأركبها غيره أو ألبسه غيره فمأذ كرنا) لأن الناس يتفاوتون في الركوب واللبس فصح التعيين وليس له أن يتعداه وكذلك كل ما يختلف باختلاف المستعمل لما ذكرنا فأما العقار وما لا يختلف باختلاف المستعمل إذا شرط سكنى واحد فله أن يسكن غيره لأن التقيد غير مفيد لعدم التفاوت الذي يضر بالبناء والذي يضر بالبناء خارج على ما ذكرنا قال (وان سمى نوعا وقد راعى ما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أفقرة حنطة فعليه أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر وأقل كالشعر والسمسم) لأنه دخل تحت الالتماس لعدم التفاوت أول كونه خيرا من الأول (وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالخيل والحديد) لانعدام الرضا فيه (وان استأجرها ليحمل عليها قطنا سماء فليس له أن يحمل عليها مثل وزنه حديدا) لأنه ربما يكون أضر بالدابة فإن الحديد يجتمع في موضع من ظهرها والقطن ينسبط على ظهرها

ارتفع الجهالة من الابتداء صح العقد كذلك ههنا وفي الوجه الثاني يصح العقد ويجب المسعى ويتعين أول من ركب سواء كان المستأجر أو غيره لأنه تعين مراداً من الأصل فصار كأنه نص على ركو به ابتداء وفي الوجه الثالث ليس له أن يتعداه لأنه تعين مقيد لا بد من اعتباره فإن تعدى صار ضامنا وحكم الحمل تحكم الركوب في جميع هذه الأوجه كذا قالوا ثم علم أن الشراح اختلفوا في تعيين أن المراد بقول القدرى فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء أي وجه من هاتيك الأوجه الثلاثة فجزم فرقة منهم كجاج الشريعة وصاحبي الغاية والعناية بأن المراد بذلك هو الوجه الثاني وهو أن يقول على أن يركب من شئت وان المراد بالاطلاق التعميم بدون التقييد بركوب شخص بعينه كما جزم به الامام الزاهدي والامام أبو نصر الاقطع في شرح مختصر القدرى وجوز فرقة أخرى منهم كأصحاب النهاية والسكناية ومعارض الدراية الحمل على الوجهين أحدهما آخر أحوال الوجه الأول وهو انقلاب العقد إلى الجواز به ما وقع فاسداً بأن يكون معنى قوله فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء لو أركب من شاء ينقلب العقد إلى الجواز بعد ما وقع فاسداً وثانيهما الوجه الثاني كما ذكرناه من قبل إذا عرفت هذا فأقول ان تعليل المصنف هذه المسئلة أعنى قوله فإن أطلق الركوب جاز له أن يركب من شاء بقوله عملاً بالاطلاق يقتضى أن يحمله المصنف على الوجه الثاني فقط لأنه انما يتشبه عند الحمل على الوجه الثاني لانعدام الحمل على آخر الوجه الأول إذا لاشك ان عملاً انقلاب العقد إلى الجواز في الوجه الأول انما هي تعين المعقود عليه بقاء لا اطلاقه وانما الاطلاق عملاً بالقضاء ابتداء عن هذا فسر صاحب الكافي معنى الاطلاق ههنا بالوجه الثاني ثم علل المسئلة بما علل به المصنف حيث قال فإن أطلق بأن قال على أن يركب أو يلبس من شاء جاز له أن يركب أو يلبس من شاء عملاً بالاطلاق انتهى فتدبر (قوله وان سمى نوعا وقد راعى ما يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أفقرة حنطة فله أن يحمل ما هو مثل الحنطة في الضرر وأقل كالشعر والسمسم) كلاهما مثال لما هو أقل في الضرر وأما مثال ما هو مثل في الضرر فكما إذا سمى خمسة أفقرة حنطة بعينها حمل خمسة

ويجوز استئجار الدواب للركوب معناه لركوب معين اما نصا حقيقة أو تقديرية (وان سمى نوعا ومقداراً من شيء يحمله على الدابة مثل أن يقول خمسة أفقرة حنطة بعينها فله أن يحمل ما هو مثله في الضرر) كحنطة أخرى غيرها (أو) ما هو (أقل) ضرراً كالشعر والسمسم فانهما إذا كانا خمسة أفقرة كانا أقل وزناً فكانا أقل ضرراً وذكر في النهاية أن في الكلام لفا ونشراً فإن الشعر ينصرف إلى المثل والسمسم ينصرف إلى الأقل إذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فإن السمسم أيضاً مثل إذا كان التقدير من حيث الكيل وانما جازله ذلك (لأنه دخل تحت الالتماس لعدم التفاوت) يعني به إذا كان مثلاً (أو) كونه خيراً يعني به إذا كان أقل ضرراً (وليس له أن يحمل ما هو أضر من الحنطة كالخيل) إذا كان مثلاً كلالاً لأنه أثقل (لانعدام الرضا فيه) وان استأجرها ليحمل عليها مقداراً من القطن فليس له أن يحمله عليها مثل وزنه حديداً لأنه ربما كان أضر على الدابة لاجتماعه في موضع من الظهر بخلاف القطن فإنه ينسبط عليه

بمخلاف القطن فإنه ينسبط عليه) واعاد كرمه مع كونه معلوماً مسبقاً لأن ذلك كان نظير المكيل وهذا نظير الموزون أفقرة

أقوله أو تقديرية) أقول كما في الوجه المذكور في السكتاب (ولا) قوله وليس واضح) أقول وفيه بحث فإن صاحب النهاية يدعي أن خمسة أفقرة من الشعر مثل خمسة أفقرة من الحنطة في الضرر فالجواب منع ذلك لاماد كره الشارح كما لا يخفى (قوله لأنه أثقل لأنه دام الرضا فيه) أقول الأولى ان يقال ولا يرضى به المؤجر



(وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها) سواء كان الرديف أخف أو أثقل من الركب (ولامعتبر بالثقل لان الدابة قد يعسر هاجها جهل الركب الخفيف ويخفف عليها ركوب الثقل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الركاب كعدد الجنات في الجنائيات) والجنات جمع جان كالبعاة جمع باع فانه اذا جرح رجل رجلا جراحة واحدة والاخر عشر جراحات خطأ فالدابة بينهما أنصافا لان ربح جراحة واحدة أكثر تأسيروا من عشر جراحات قيل وانما قيد بكونه رجلا لانه اذا أردف صبييا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل (وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الخنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل لانها عطبت بما هو مأذون فيه وغير مأذون فيه وسبب الهلاك الثقل فانقسم عليها) اذا كان مثلها يطبق حمله (وأما اذا كان جلالا يطبقه مثلها ضمن كل قيمتها لعدم الاذن فيها أصلا لخروجه (١٦٩) عن العادة) كما اذا كانت الزيادة من خلاف جنس المسمى كمن استأجرها

لعملها خمسة أفقره من شعر فحملها مثل كيلة خنطة فانه يضمن جميع قيمتها لعدم الاذن بخلاف ما اذا كانت من جنسه لانه مأذون في مقدار المسمى وغير مأذون في الزيادة فيوزع الضمان ونوقض بما لو استأجر ثورا ليطحن به عشرة مخاتيم خنطة فطحن أحد عشر مختما فاهلك ضمن الجميع وان كانت الزيادة من الجنس وأوجب بأن الطحن انما يكون شيا فشا فاذا طحن العشرة انتهى الاذن فبعد ذلك هو في الطحن مخالف في استعمال الدابة بغير الاذن فيضمن الجميع فأما في الحمل فيكون جلة واحدة فهو مأذون في بعض دون بعض فيوزع الضمان على ذلك وبهذا ينفع ما قيل على ما اذا استأجرها ليركبها فأردفها رجلا فانه يجب عليه ضمان كل القيمة لانه اذا استأجرها ليركبها بنفسه فأركبها غيره ضمن جميع القيمة

قال (وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها ولا يعتبر بالثقل) لان الدابة قد يعسر هاجها جهل الركب الخفيف ويخفف عليها ركوب الثقل لعلمه بالفروسية ولان الآدمي غير موزون فلا يمكن معرفته بالوزن فاعتبر عدد الركاب كعدد الجنات في الجنائيات قال (وان استأجرها ليحمل عليها مقدارا من الخنطة فحمل عليها أكثر منه فعطبت ضمن ما زاد الثقل) لانها عطبت بما هو مأذون فيه وما هو غير مأذون فيه والسبب الثقل فانقسم عليها (الا اذا كان جلالا يطبقه مثل تلك الدابة بحيث يضمن كل قيمتها) لعدم الاذن فيها أصلا لخروجه عن العادة

أفقره خنطة أخرى وانما تركله هذا في الكتاب لظهوره قال صاحب النهاية في شرح قوله كالشعر والسهم هذا لف ونشر فان الشعر ينصرف الى المثل والسهم ينصرف الى الأقل اذا كان التقدير فيه من حيث الكيل لا من حيث الوزن انتهى وتبعه الشارح السكاكي كما هو دأبه في أكثر الاحوال وقال صاحب غاية البيان قال بعضهم فيه لف ونشر يرجع قوله كالشعر الى قوله مثل الخنطة ويرجع قوله والسهم الى قوله أقل وليس ذلك بشيء لان الشعر ليس مثل الخنطة بل أخف منها ولهذا الشرط أن يحمل عليها مائة رطل من الشعر يحمل عليها مائة رطل من الخنطة ضمن اذا عطبت فلو كان مثالا لم يضمن كالمو شرط أن يحمل عليها خنطة زيد فحمل عليها خنطة عمر وبذلك الكيل بل قوله كالشعر والسهم جميعا نظير قوله أقل الى هنا كلامه وقال صاحب العناية وذكر في النهاية أن في الكلام لفا ونشرا فان الشعر ينصرف الى المثل والسهم ينصرف الى الأقل اذا كان التقدير من حيث الكيل وليس بواضح فان السهم أيضا مثل اذا كان التقدير من حيث الكيل انتهى كلامه (أقول) فيه خبط واضح فانه اذا كان التقدير من حيث الكيل فأنما يكون السهم مثل الخنطة في الكيل ولا شك أن المراد بالمثل والأقل ههنا ما هو مثل وأقل في الضرر كما صرح به في نفس الكتاب وانما تكون المثلية في الضرر بالتساوي في الوزن والاقلية في الضرر بالقله في الوزن وانتفاء التساوي في الوزن بين السهم والخنطة اذا كان التقدير من حيث الكيل أمر يدهي فكأن صاحب العناية توهمهم من كون التقدير من حيث الكيل كون المثلية والاقلية أيضا من حيث الكيل وهو عجيب من مثله نعم رد على ما ذكر في النهاية منع كون الشعر مثل الخنطة في الضرر اذا كان التقدير من حيث الكيل كما أفصح عنه صاحب الغاية (قوله وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا فعطبت ضمن نصف قيمتها) قال صاحب العناية قيل وانما قيد بكونه رجلا

(٢٣ - تكمله سابع)

فاذا أردف فقد أركب غيره وركب أيضا فركوبه زيادة ضرر عليها فان لم يوجب زيادة لا يوجب نقصا لان الحالة لانه في الاركاب متفردا مخالف من كل وجه وفي الاراداف مأذون من وجه ودون وجه وهو يقع جلة كما مر

قال المصنف (وان استأجرها ليركبها فأردف معه رجلا) أقول قال صاحب الكفاية قيد بقوله رجلا لانه لو أردف صبييا لا يستمسك ضمن ما زاد الثقل وان كان صبييا يستمسك فهو كالرجل انتهى الى الآن الدليل الثاني يدل على خلاف ذلك (قوله قيل وانما قيد بقوله لانه بمنزلة الحمل) أقول الآن قوله ولان الآدمي غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل تصدير الكلام بصيغة التبريض لذلك (قوله لعدم الاذن فيها أصلا لخروجه عن العادة) أقول فيه تأمل ولعل المراد لعدم اعتبار الاذن فانه لما كان ما جله خارجا عن العادة ظهر أنه قد راتلاف الدابة فلم يبق لاعتبار الاذن معنى

قال (وإن كبح الدابة بلجامها الخ) وأن كبح الدابة بلجامها أي يجذبها إلى نفسه لتقف ولا تجرى أو تهرم فاعطيت ضمن عند أبي حنيفة وقال لا يضمن إذا فعل فعلا متعارفا لأن المتعارف مما يدخل تحته مطلق العقد وما يدخل تحته لا يوجب الضمان لحصوله بأذنه وفي عبارته تسامح لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد لا داخل تحته والجواب أن اللام في المتعارف للعهد أي الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخل (١٧٠) لا مراد أن العقد المطلق يتناول وغيره ولا يوجب الضمان

قال (وإن كبح الدابة بلجامها أو ضربها فعضبت ضمن عند أبي حنيفة وقال لا يضمن إذا فعل فعلا متعارفا) لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصله بأذنه فلا يضمنه ولا يوجب الضمان. رحمه الله إن الأذن مقيد بشرط السلامة إذ يتحقق السوق بدونه وإنما هما للمالفة فيتعبد بوصف السلامة كالرور في الطريق قال (وإن استأجرها إلى الحيرة فجاوزها إلى القادسية ثم ردها إلى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية) وقيل تأويل هذه المسئلة إذا استأجرها ذاهبا لاجأ بالينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا إلى يد المالك معنى وأما إذا استأجرها ذاهبا وجأ بآفيكون بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق وقيل لا بل الجواب مجرى على الإطلاق والفرق أن المودع ما مور بالحفظ مقصودا بقي الأمر بالحفظ بعد العود إلى الوفاق فحصل الرد إلى يد نائب المالك

أنه حاصل بالأذن لكن الأذن فيما ينتفع به المأذون مقيد بشرط السلامة إذا أمكن تحقق المقصود بها وههنا يمكن إذ يتحقق السوق بدونه فصار كالرور في الطريق (وإن استأجرها إلى الحيرة) بكسر الحاء المهملة مسدنة كان يسكنها النعمان بن المذر وهي على رأس ميل من الكوفة (فجاءها إلى القادسية) موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا (ثم ردها إلى الحيرة) ثم نفقت ضمتها وكذلك العارية) واختلف المشايخ في معنى هذا الوضع فمنهم من أول المسئلة بأن المراد هو أن استأجرها ذاهبا فقط لينتهي العقد بالوصول إلى الحيرة فلا يصير المستأجر بالعود مردودا إلى القادسية إليها مردودا إلى يد المالك معنى فانه لما كان مودعا معنى فهو نائب المالك والرد إلى النائب رد إلى المالك معنى أما إذا استأجرها ذاهبا وجأها كان بمنزلة المودع إذا خالف ثم عاد إلى الوفاق ومنهم من أجرى على الإطلاق وفرق بينه وبين المودع بأن المودع ما مور بالحفظ مقصودا وهو ظاهر

لأنه إذا أرد في صيا ضمن بقدر نقله إذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الجمل انتهى وقال بعض الفضلاء الآن قوله ولأن الأدي غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل تصدير الكلام بصيغة التمريض لذلك أنتى (أقول) ليس الأمر كذلك لأن الصبي الذي لا يستمسك بنفسه لما صار بمنزلة الجمل صار بمنزلة غيره الأدي فلم يدخل تحت قوله ولأن الأدي غير موزون فلم يكن ما قيل على خلاف ذلك الدليل ورشده إليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ثم النقة في اعتبار عدد الركب في الأدي لا الثقل هو أن الأدي مخصوص بعلم القروية وعن هذا قال شمس الأئمة الحلواني هذا الذي ذكره من الجواب فيما إذا أرد في مثله وأما إذا أرد في صيا ضمن بقدر نقله لكان هذا في الصبي الذي لا يستمسك بنفسه وكان مثله بمنزلة الجمل كذا في التهمة إلى هنا لفظ النهاية تأمل ترشد ثم انه لا مجال للصد إلى تضعيف ذلك القول لانه مما يقرر في عامة معتبرات الفتاوى وناهيك بقول شمس الأئمة الحلواني ذلك الامام المحقق ومن المجائب ههنا أنه لما قال صاحب الكافي ولأن الأدي لا يوزن بالقبان بدل قول صاحب الهداية ولأن الأدي غير موزون ولكن لا ينضب هذا على ما لا يخفى أنتى فكأنه زعم أن مراد صاحب الكافي أنه لا يمكن أن يوزن الأدي بالقبان أصلا وهل يوجد في العالم من الممكنات القائمة بذاتها شيء لا يمكن أن يوزن أصلا إلا أن يكون مجردا أو جسمًا لطيفا (قوله وقال لا يضمن إذا فعل فعلا متعارفا لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد الخ) قال صاحب العناية وفي عبارته تسامح لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد لا داخل تحته والجواب أن اللام في المتعارف للعهد أي الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخل لا مراد أن العقد المطلق يتناول وغيره ولا يوجب الضمان

وكل من هو كذلك يبقى ما مور بالحفظ بعد العود إلى الوفاق لقوة الأمر لكونه مقصودا وحينئذ يكون الرد إلى نائب المالك الفعل (قوله وفي عبارته تسامح لأن المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد الخ) أقول ويجوز أن يقال المراد بالدخول عدم الخروج (قوله أي الكبح المتعارف) أقول ولعل الأولى أن يقال أي الفعل المتعارف (قوله إذا أمكن تحته المقصود به الخ) أقول الضمير في قوله بها راجع إلى قوله السلامة (قوله إذ يتحقق السوق بدونه) أقول أي بدون الضرب كتحريك الرجلين والصباح (قوله فانه لما كان مودعا معنى الخ) أقول تأمل في هذا التعليل

والمستأجر والمستعير ما موران بالحفظ تبعاً للاستعمال لا مقصوداً فإذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ فلم يبق نائباً ليكون الرد إليه ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نائبه وفوقض بغاصب الغاصب إذا رد المغصوب على الغاصب فإنه يبرأ وإن لم يوجده الرد على أحدهذين والجواب أن الرد على أحدهما يوجب العارية البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب الغاصب هو الرد إلى من لم يوجده منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل فإن قيل الرد إلى المالك أو نائبه أزالة للتعدي وهو يصلح متبرئاً عن الضمان والرد إلى من لم يوجده منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ليس كذلك فلان تسليم صلاحيته لذلك فالجواب أن الرد على الغاصب رد على من عليه ضمان الغاصب الأول وتقرر الضمان على الغاصب يوجب سقوطه عن غاصب الغاصب لئلا يلزم كون الشيء مضموناً بضمانين قبل إلحاق العارية بالأجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فإن يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الإعارة والجواب أن الاتحاد بين الشئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة لتحقيق الإلحاق والاتحاد في النشاط كاف للإلحاق وهو موجود فإن النشاط هو التجاوز عن المسمى متعدياً ثم الرجوع إليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصوداً وذلك موجود فيهما للاحالة (قوله وهذا) أي الاجراء على الإطلاق أصح (ومن أكثرى حماراً بسرج) فاستعماله به موافقة فإن نزع فاما أن يستعمله بسرج آخر أو كاف وكل منهما على قسمين أما أن يسرج بسرج بسرج بمثله الجراً أو لا وكذلك إلا كاف فإن أسرج بذلك فلا ضمان عليه لأنه لما (١٧١) كان مثله تناوله الأذن إذا فائدة في التقييد بغيره أي من حيث المنع يعني لأفائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغيره هذا السرج الذي عينه صاحبها إذا كان غيره بمثله وفي بعض النسخ في التقييد بعينه وهو واضح وقوله (الأذا كان زائداً عليه في الوزن) استثناء من قوله فلا ضمان عليه فإن الزائد لم يتناول الأذن فكان مأذوناً في المسمى غير مأذون في الزيادة وفي مثله

وفي الإجارة والعارية بصير الحفظ ما موراً به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود وهذا أصح قال (ومن أكثرى حماراً بسرج فترع السرج وأسرجه بسرج يسرج بمثله الجراً فلا ضمان عليه) لأنه إذا كان بمائيل الأول تناوله إذن المالك إذا فائدة في التقييد بغيره إذا كان زائداً عليه في الوزن فينثني ضمن الزيادة (وان كان لا يسرج بمثله الجراً ضمن) لأنه لم يتناوله الأذن من جهته فصار مخالفاً

الفعل المتعارف لم يتم الجواب إذا الفعل المتعارف مطلقاً من ادب مطلق العقد لا داخل تحتها وإنما الداخل تحتها الفعل المتعارف المخصوص وهو ههنا الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وان أراد بالفعل المتعارف في التفسير الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف دون الفعل المتعارف مطلقاً احتاج إلى تفسير آخر في تبين المراد فالأولى ما في العناية كما لا يخفى (قوله وفي الإجارة والإعارة بصير الحفظ ما موراً به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود) فإنه لما جاوز الحسيرة صار

يضمن الزيادة إذا كانت من جنس المسمى وتوضع على الدابة دفعة كما تقدم في الخنطة وان أسرج بمثل أسرج به مثله مثل أن يسرجه بسرج البردون ضمن القيمة كلها لأنه لم يتناول الأذن من جهته فصار مخالفاً

(قوله وفوقض بغاصب الغاصب إلى قوله على أحدهذين) أقول لا يبعد أن يقال إن الغاصب في عرضية أن يكون مالكا بسبب تقرر الضمان عليه فكان الرد إليه كالدعوى المالك (قوله لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر) أقول لا يقال كيف يستقيم الحصر المذكور عليه بقوله ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نائبه لظهور صحة بالنظر إلى ما نحن بصدده نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجراً من غاصب الدابة فتدبر (قوله قيل إلحاق العارية) أقول القائل عيسى بن أبان (قوله والجواب أن الاتحاد بين الشئين من كل وجه الخ) أقول فيه نوع تأمل فإن مراد القائل أنه إذا كان يد المستأجر كيد المالك ينبغي أن يبرأ المستأجر عن الضمان فيما نحن فيه بالرد إلى يده ولا كذلك العارية فالجواب هو التعرض لدليله بأنه لا يلزم منه مطلوبه كما فعل غيره من الشراح فليتأمل قال المصنف (ومن أكثرى حماراً بسرج فترع السرج وأسرجه بسرج يسرج بمثله الجراً) فهو ضامن بقدر ما زاد باتفاق الروايات بالاجماع وإن كان السرج الثاني أخف من الأول أو مثله فلا ضمان كذا في الفصل السابع والعشرين من أجازات المحيط البرهاني ولا يخفى عليك مخالفتهم لما في الهداية (قوله يعني لأفائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغيره هذا السرج الخ) أقول ولا يبعد أن يقال الضمير في قوله غيره راجع إلى سرج بسرج بمثله الجراً كالضمير السابقة فالمراد بغيره هو غير السرج الذي عينه صاحبها فتأمل

قال (وان كبح الهداية بلجامها الخ) وان كبح الهداية بلجامها أي جلدتها التي تنفسه لتنفذ ولا تجرى أو طمروهم فاعطيت ضمن عند أبي حنيفة وقال لا يضمن إذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحته مطلق العقد وما يدخل تحته لا يوجب الضمان لحصوله باذنه وفي عبارته تسامح لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد لان الام في المتعارف للهداية السكج المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا (١٧٠) لامر اذا لان العقد المطلق يتناولوه وغيره ولا يبي حنيفة القول بالموجب أي سلمنا

قال (وان كبح الهداية بلجامها أو ضربها فعطيت ضمن عند أبي حنيفة وقال لا يضمن إذا فعل فعلا متعارفا) لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد فكان حاصله باذنه فلا يضمنه ولا يبي حنيفة رجه الله ان الاذن مقيد بشرط السلامة اذ يتحقق السوق بدونه وانما هما المبالغة فيتعقيد بوصف السلامة كالمرور في الطريق قال (وان استأجرها الى الحيرة فجاوز بها الى القادسية ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت فهو ضامن وكذلك العارية) وقيل تأويل هذه المسئلة اذا استأجرها ذاهبا لا جابيا انتهى العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير بالعود مردودا الى يد المالك معني وأما اذا استأجرها ذاهبا وجابيا فيكون بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق وقيل لا بل الجواب مجسري على الاطلاق والفرق ان المودع مأمور بالحفظ مقصودا فبقى الامر بالحفظ بعد العود الى الوفاق فحصل الرد الى يد نائب المالك

لانه اذا أردف صيا ضمن بقدر ثقله اذا كان لا يستمسك بنفسه لانه بمنزلة الحمل انتمى وقال بعض الفضلاء الان قوله ولان الادى غير موزون يدل على خلاف ذلك ولعل تصدير الكلام بصيغة التمر يض لذلك انتمى (أقول) ليس الامر كذلك لان الصبي الذي لا يستمسك بنفسه لما صار بمنزلة الحمل صار بمنزلة غيره الادى فلم يدخل تحت قوله ولان الادى غير موزون فلم يكن ما قبل على خلاف ذلك الدليل ورشد اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ثم النقه في اعتبار عدد الركب في الادى لا الثقل هو ان الادى مخصوص بعلم الفروية وعن هذا قال شمس الأئمة الحلواني هذا الذي ذكره من الجواب فيما اذا أردف مثله وأما اذا أردف صيا ضمن بقدر ثقله لكن هذا في الصبي الذي لا يستمسك بنفسه وكان مثله بمنزلة الحمل كذا في التهمة الى هنا لفظ النهاية تأمل ترشد ثم انه لا مجال للتصديق ذلك القول لانه مما يقرر في عامة معتبرات النشأوى وناهيك بقول شمس الأئمة الحلواني ذلك الامام المحقق ومن العجائب ههنا أنه لما قال صاحب الكافي ولا ادى لا يوزن بالقبان بدل قول صاحب الهداية ولان الادى غير موزون نقله الشارح العيني وقال فيه نظر وقد شاهدنا كثيرا من الناس ووزنوا أنفسهم بالقبان ليعرفوا وزنها ولكن لا ينضبط هذا على ما لا يخفى انتمى فكانه زعم أن صاحب الكافي أنه لا يمكن أن يوزن الادى بالقبان أصلا وهل يوجد في العالم من الممكنات القائمة بذاتها شيء لا يمكن أن يوزن أصلا الا أن يكون مجردا أو جسم الطيف (قوله وقال لا يضمن إذا فعل فعلا متعارفا لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد الخ) قال صاحب العناية وفي عبارته تسامح لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد لا داخله والجواب ان الام في المتعارف للهداية السكج المتعارف أو الضرب المتعارف وحينئذ يكون داخلا لامر اذا لان العقد المطلق يتناولوه وغيره اه كلامه وتصرف بعض الفضلاء في كل من جاني السؤال والجواب أما في الاول فبان قال ويجوز أن يقال المراد بالدخول عدم الخروج وأما في الثاني فبان قال ولعل الاول أن يقال أي الفعل المتعارف اه (أقول) كل من تصرفه ساقط أما الاول فلا أن كون المراد بالدخول عدم الخروج لا يدفع التسامح في العبارة فان ذلك المعنى خلاف الظاهر من لفظ الدخول جدا فارادة ذلك منه عين التسامح في العبارة وأما الثاني فلانه لو قال في نفسه سير المعهود أي

أنه حاصل بالاذن لكن الاذن فيما ينتفع به المأذون مقيد بشرط السلامة اذا أمكن تحقق المقصود بها وههنا يمكن اذ يتحقق السوق بدونه فصار كالمرور في الطريق (وان استأجرها الى الحيرة) بكسر الحاء المهملة مسدنة كان يسكنها النعمان بن المنذر وهي على رأس ميل من الكوفة (فجاوز بها الى القادسية) موضع بينه وبين الكوفة خمسة عشر ميلا (ثم ردها الى الحيرة ثم نفقت ضمنها وكذلك العارية) واختلف المشايخ في معنى هذا الوضع فتنهم من أول المسئلة بان المراد هو ان استأجرها ذاهبا فقط لينتمى العقد بالوصول الى الحيرة فلا يصير المستأجر بالعود مردودا الى القادسية اليها مردودا الى يد المالك معني وأما اذا استأجرها ذاهبا وجابيا كان بمنزلة المودع اذا خالف ثم عاد الى الوفاق ومنهم من أجرى على الاطلاق وفرق بينه وبين المودع بأن المودع مأمور بالحفظ مقصودا وهو ظاهر

وكل من هو كذلك يبقى مأمورا بالحفظ بعد العود الى الوفاق لقوة الامر لكونه مقصودا وحينئذ يكون الرد الى نائب المالك الفعل

(قوله وفي عبارته تسامح لان المتعارف مما يدخل تحت مطلق العقد الخ) أقول ويجوز أن يقال المراد بالدخول عدم الخروج (قوله أي السكج المتعارف) أقول ولعل الاول أن يقال أي الفعل المتعارف (قوله اذا أمكن تحت المقصود به الخ) أقول الضمير في قوله به اراجع الى قوله السلامة (قوله اذ يتحقق السوق بدونه) أقول أي بدون الضرب كعريك الرجلين والصياح (قوله فانه لما كان مودعا معني الخ) أقول تأمل في هذا التعليق



والمستأجر والمستعير مأموران بالحفظ تبعاً للاستعمال لا مقصوداً فإذا انقطع الاستعمال بالتجاوز عن الموضع المسمى انقطع ما هو تابع له وهو الحفظ فلم يبق نائباً ليكون الرد إليه ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نائبه ونوقض بغاصب الغاصب إذا رد الغاصب على الغاصب فإنه يبرأ وإن لم يوجد الرد على أحد هذين والجواب أن الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب الغاصب هو الرد إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل فإن قيل الرد إلى المالك أو نائبه إزالة للتعدي وهو يصلح متبرئاً عن الضمان والرد إلى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل ليس كذلك فلان سلم صلاحيته لذلك فالجواب أن الرد على الغاصب رد على من عليه ضمان الغاصب الأول وتقرر الضمان على الغاصب يوجب سقوطه عن غاصب الغاصب لئلا يلزم كون الشيء منضمماً بضمائنين قبل الحاق العارية بالأجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فإن يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع وموثة الرد على المالك كما في الوديعة بخلاف الأجرة والجواب أن الاتحاد بين الشئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة لتحقيق الحاق والاتحاد في المناط وهو موجود فإن المناط هو التجاوز عن المسمى متعبداً ثم الرجوع إليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصوداً وذلك موجود فيها لا محالة (قوله وهذا) أي الأجراء على الإطلاق أصح (ومن أكثرى جماراً بسرج) فاستعماله به موافقة فإن نزع فاما أن يستعمله بسرج آخر أو كاف وكل منهما على قسمين أما أن يسرج بسرج بسرج بمثله الجرار أو لا وكذلك إلا كاف فإن أسرج بذلك فلا ضمان عليه لانهما (١٧١) كان مثله تناوله الاذن اذ لا فائدة في

التقييد بغيره أي من حيث المتع بقوله لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغيره هذا السرج الذي عينه صاحبها إذا كان غيره بمثله وفي بعض النسخ في التقييد بعينه وهو واضح وقوله (الاذا كان زائداً عليه في الوزن) استثناء من قوله فلا ضمان عليه فإن الزائد لم يتناوله الاذن فكان ما دونه في المسمى غير مأذون في الزيادة وفي مثله

وفي الأجارة والعارية يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود وهذا أصح قال (ومن أكثرى جماراً بسرج فتزج السرج وأسرجه بسرج يسرج بمثله الجرار فلا ضمان عليه) لانه اذا كان بمائثل الاول تناوله اذن المالك اذ لا فائدة في التقييد بغيره الا اذا كان زائداً عليه في الوزن حينئذ يضمن الزيادة (وان كان لا يسرج بمثله الجرار ضمن) لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفاً

الفعل المتعارف لم يتم الجواب اذا الفعل المتعارف مطلقاً امر ادبطلق العقد لا داخل تحته وانما الداخل تحته الفعل المتعارف المخصوص وهو ههنا الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف وان أراد بالفعل المتعارف في التفسير الكبح المتعارف أو الضرب المتعارف دون الفعل المتعارف مطلقاً احتاج الى تفسير آخر في تبين المراد فالاولى ما في العناية كما لا يخفى (قوله وفي الأجارة والعارية يصير الحفظ مأموراً به تبعاً للاستعمال لا مقصوداً فإذا انقطع الاستعمال لم يبق هو نائباً فلا يبرأ بالعود) فإنه لما جاوز الحسيرة صار

يضمن الزيادة اذا كانت من جنس المسمى وتوضع على الدابة دفعة كما تقدم في الحنطة وان أسرج بمثل لا يسرج به مثله مثل أن يسرجه بسرج البرذون ضمن القيمة كلها لانه لم يتناوله الاذن من جهته فصار مخالفاً

(قوله ونوقض بغاصب الغاصب الى قوله على أحد هذين) أقول لا يبعد أن يقال ان الغاصب في عرضية أن يكون مالكا بسبب تقرر الضمان عليه فكان الرد إليه كالدعوى المالك (قوله لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر) أقول لا يقال كيف يستقيم الحصر المذكور عليه بقوله ولا يبرأ إلا بالرد إلى المالك أو نائبه لظهور صحة بالنظر إلى ما نحن بصدده نعم قد يكون المستأجر الذي فصل ما فعل مستأجراً من غاصب الدابة فتدبر (قوله قيل الحاق العارية) أقول القائل عيسى بن أبان (قوله والجواب أن الاتحاد بين الشئين من كل وجه الخ) أقول فيه نوع تأمل فإن مراد القائل انه اذا كان يد المستأجر كيد المالك ينبغي أن يبرأ المستأجر عن الضمان فيما نحن فيه بالرد إلى يده ولا كذلك العارية فالنائب في الجواب هو التعرض لدليله بأنه لا يلزم منه مطلوبه كما فعل غيره من الشراح فليتنامل قال المصنف (ومن أكثرى جماراً بسرج الخ) أقول اذا استأجر جماراً بسرج فأسرجه بسرج بسرج بمثله الجرار فهو ضامن بقدر ما زاد اتفاق الر وابات بالأجاعة وان كان السرج الثاني أخف من الاول أو مثله فلا ضمان كذا في الفصل السابع والعشرين من اجارات المحيط البرهاني ولا يخفى عليك مخالفتهم لما في الهداية (قوله يعني لا فائدة في القول بأن هذا مقيد بأن لا يسرج بغيره هذا السرج الخ) أقول ولا يبعد أن يقال الضمير في قوله غيره راجع إلى سرج بسرج بمثله الجرار كالضمائر السابقة فالمراد بغيره هو غير السرج الذي عينه صاحبها فتأمل



(وان أوكفه با كاف لا يوكف بمثلها الجر يضمن لما قلنا في السرج) انه لم يتناوله الاذن (وهذا أولى) لانه من خلاف جنسه (وان أوكفه با كاف يوكف بمثلها الجر يضمن عند أبي حنيفة) (١٧٣) ولم يبين مقدار المضمون اتباعا لرواية الجامع الصغير لانه لم يذكركم

انه ضامن لجميع القيمة ولكنكس قال هو ضامن وذكر في الاجارات يضمن بقدر ما زاد حسن المشايخ من قال ليس في المسئلة روايتان وانما المطلق محمول على المفسر ومنهم من قال فيها روايتان في رواية الاجارات يضمن بقدر ما زاد في رواية الجامع الصغير يضمن جميع القيمة قال شيخ الاسلام وهذا أصح وتكلموا في معنى قول أبي يوسف وعمره يضمن بحسابه وهو إحدى الروايتين عن أبي حنيفة فمنهم من قال المراد المساحة حتى اذا كان السرج يأخذ من ظهر الدابة قدر شعيرين والا كاف قدر أربعة أشبار يضمن نصف قيمتها ومنهم من قال معناه بحسابه في الثقل وانطقة حتى اذا كان وزن السرج من وزن والا كاف ستة أمناه يضمن ثلثي قيمتها واليه أشار المصنف في الدليل حيث قال (لانه اذا كان يوكف بمثلها الجر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بها فصار كانه زيادة في الحمل المسمى اذا كان

(وان أوكفه با كاف لا يوكف بمثلها الجر يضمن) لما قلنا في السرج وهذا أولى (وان أوكفه با كاف يوكف بمثلها الجر يضمن عند أبي حنيفة وقال يضمن بحسابه) لانه اذا كان يوكف بمثلها الجر كان هو والسرج سواء فيكون المالك راضيا به الا اذا كان زائدا على السرج في الوزن فيضمن الزيادة لانه لم يرض بالزيادة فصار كانه زيادة في الحمل المسمى اذا كان من جنسه ولا يضمن حنيفة أن الا كاف ليس من جنس السرج لانه لم يعمل والركوب وكذا ينسب لأحدهما على ظهر الدابة ما لا ينسب عليه الا آخر فكان مخالفا غاصبا للدابة ودخلت الدابة في ضمانه والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ولم يوجد كذا في الكافي وعامة الشروح ونوقض بغاصب الغاصب اذا رد المغموص على الغاصب فانه يبرأ وان لم يوجد الرد على أحدهذين وأجيب عنه في النهاية وكثير من الشروح بأننا زيد في المأخذ فتقول انما يبرأ بالرد على أحدهذين أو الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل والغاصب الاول لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى الفوائد الظهيرية وقال في العناية والجواب ان الرد على أحدهما يوجب البراءة البتة وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر والسبب في غاصب الغاصب هو الرد الى من لم يوجد منه سبب ضمان يرتفع بالرد عليه ضمانه من قبل اه (أقول) يرد عليه ان قوله وليس كل ما يوجب البراءة يجب أن يكون الرد على أحدهما لجواز أن تحصل البراءة بسبب آخر مما ينافيه الحصر المستفاد من قولهم والغاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو على من هو مأمور بالحفظ من جهة المالك ومورد النقض ليس الا الحصر المستفاد من تلك المقدمة اللهم الا أن يحمل ذلك الحصر على القصر الاضافي دون الحقيقي فالمعنى ان الغاصب لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لا بالعود فلا ينافيه جواز أن تحصل البراءة بسبب آخر وقصد بعض الفضلاء أن يجب عما يرد على مافي العناية بوجه آخر حيث قال لا يقال كيف يستقيم الحصر المدلول عليه بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه لظهور صحة النظر الى ما نحن فيه نعم قد يكون المستأجر الذي فعل ما فعل مستأجرا من غاصب الدابة فتدبر اه كلامه (أقول) ليس ذلك بمستقيم لان قولهم والغاصب لا يبرأ الا بالرد على المالك أو نائبه في حيز الكبرى من الشكل الاول بأن يقال المستأجر فيما نحن فيه غاصب بمجاوزة الحيرة وكل غاصب لا يبرأ عن الضمان الا بالرد على المالك أو نائبه فهو لا يبرأ عنه الا بأحدهما ولم يوجد هنا شيء منهم افطه ورخصة الحصر بالنظر الى ما نحن فيه لا يفيد صحة النظر الى كلية الكبرى والكلام فيها ولو كان مراد صاحب العناية بقوله ولا يبرأ الا بالرد الى المالك أو نائبه ان المستأجر فيما نحن فيه لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لان الغاصب مطلقا لا يبرأ الا بالرد على أحدهما لما كان للنقض بغاصب الغاصب اذا رد المغموص على الغاصب مساس بكلامه فلا يكون له ذكره وجوابه عنه وجه فان قيل يجوز أن يكون مراده حينئذ بغاصب الغاصب في النقض هو المستأجر الذي استأجر من غاصب الدابة وفعل ما فعل الغاصب لا غاصب الغاصب مطلقا فيكون للنقض المزبور مساس بكلامه أيضا قلنا فلا يصح الحصر المزبور اذ ذلك بالنظر الى ما نحن فيه أيضا فلا يتم المطلوب فالخلاص في الجملة لتصح مافي العناية انما هو حمل الحصر على القصر الاضافي كما ثبتنا عليه من قبل قال في النهاية فان قلت الحاق الاجارة بالعارية في حكم الضمان غير مستقيم لما ان يدل المستأجر كيد المالك حتى يرجع بما يلحقه

من جنسه ولا يضمن حنيفة أن الا كاف ليس من جنس السرج لانه لم يعمل والسرج الركوب وينسب لأحدهما على الظهور أكثر من الآخر (فصار كالمسمى خنطة وحمل بوزنهما شعير فانه يضمن لان الشعر ينسب على ظهر الدابة أكثر من الخنطة (فكان مخالفا)

وقوله (كما اذا جمل الحديد وقد شرط له الحنطة) فيه نظرا لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا لمخالفة فقط من غير نظرا الى الانبساط وعدمه (ومن استأجر جالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فسلك غيره) فلا يخفى لو امان ان يكون ماسلكه مما يسلكه الناس أولا فان كان الاول فاما ان يكون بين الطريقين تفاوت بان يكون أحدهما (١٧٣) أو عرا أو أخوف أو نحو ذلك أولا فان كان

الثاني فلا ضمان عليه لان التقييد اذا كان غير مفيد وان كان الاول ضمن لصحة التقييد لكونه مفيدا فان قيل فمجدد اطلاق الرواية لانه لا ضمان عليه فيما اذا أخذ في الطريق الذي يسلكه الناس ولم يقيد في هذا التفصيل أجاب بقوله (الآن الظاهر عدم التفاوت اذا كان الطريق يسلكه الناس فلم يفصل) وان كان الثاني أعني ما لا يسلكه الناس فهلك ضمن لصحة التقييد فصار مخالفا واذا بلغ فله الاجر لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة وان حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن لفحش التفاوت بين البر والبحر) حتى ان للودع ان يسافر بالوديعة في طريق البر دون البحر (فان بلغ فله الاجر) لانه ارتفع الخلاف بمحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى وان بقي صورة قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة الخ) ومن استأجر أرضا لزراعة شئ فزرع مثله في الضرر بالارض وما هو أقل منه بوجب الاجر لانه موافقة

كما اذا جمل الحديد وقد شرط له الحنطة قال (وان استأجر جالا ليحمل له طعاما في طريق كذا فأخذ في طريق غيره يسلكه الناس فهلك المتاع فلا ضمان عليه وان بلغ فله الاجر) وهذا اذا لم يكن بين الطريقين تفاوت لان عند ذلك التقييد غير مفيد اما اذا كان تفاوت ضمن لصحة التقييد فان التقييد مفيد الا ان الظاهر عدم التفاوت اذا كان طريقا يسلكه الناس فلم يفصل (وان كان طريقا لا يسلكه الناس فهلك ضمن) لانه صح التقييد فصار مخالفا (وان بلغ فله الاجر) لانه ارتفع الخلاف معنى وان بقي صورة قال (وان حمله في البحر فيما يحمله الناس في البر ضمن) لفحش التفاوت بين البر والبحر (وان بلغ فله الاجر) لمحصول المقصود وارتفاع الخلاف معنى قال (ومن استأجر أرضا ليزرعها حنطة فزرعها رطبة ضمن ما نقصها) لان الرطاب أضرب بالارض من الحنطة لانتشار عروقها فيها وكثرة الحاجة الى سقيها فكان خذ لا قال في شريف ضمن ما نقصها (ولا أجر له) لانه غاصب للارض على ما قرره

من الضمان على المالك كالمودع بخلاف المستعير وكذلك مؤنة الرد على المالك في الاجارة كافي الوديعة بخلاف الاعارة قلت هذا هو الذي ثبت به عيسى بن أبان في الطعن في جواب الكتاب ولكننا نقول رجوعه بالضمان للغرور المتمكن بعقد المعاوضة وذلك لا يدل على ان يده ليست كيد نفسه كالمستعير يرجع بضمان الغرور وكذلك مؤنة الرد عليه لما قلنا من المنفعة له في النقل فأما يد المستأجر يد نفسه لانه هو المنتفع في استعمال العين المستأجر اذا لم يكن له في استعمال العين نفع لما اختار استعمال العين على ماله من الاجرة اه وعلى هذا المنوال ذكر طعن عيسى بن أبان والجواب عنه في كثير من الشروح وعزاه في الكفاية الى المبسوط وقال في العناية قيل الخاق الاعارة بالاجارة بقوله وكذلك العارية وعكسه ليس بمستقيم لثبوت التفرقة بينهما فان يد المستأجر كيد المالك حيث يرجع بما يلحقه من الضمان على المالك كالمودع ومؤنة الرد على المالك كافي الوديعة بخلاف الاعارة والجواب ان الاتحاد بين الشئين من كل وجه يرفع التعدد فلا بد من تفرقة ليتحقق الاتحاد والاتحاد في المناط كاف للاتحاد وهو موجود فان المناط هو التجاوز عن المسمى متعدد بايثم الرجوع اليه فيما لم يكن الحفظ فيه مقصودا وذلك موجود فيه مما لا محالة اه (أقول) هذا الجواب ليس بمستقيم لان الاتحاد في المناط المزبور غير كاف للاتحاد على تقدير ثبوت التفرقة المذكورة في الطعن بل لا يكون ذلك مناطا للاتحاد في حكم الضمان فان يد المستأجر ان كان كيد المالك كان تعدد المستأجر بالتجاوز عن المسمى في حكم تعدد المالك في مال نفسه فلا ينبغي ان ضمن المستأجر شيئا بخلاف المستعير فلا يتم الخاق واحدة من الاجارة والعارية بالآخرى فالصواب في الجواب منع ثبوت التفرقة المذكورة بجمع دلالة ما ذكر في الطعن على كون يد المستأجر كيد المالك كما هو حاصل ما ذكر في النهاية وسائر الشروح على ما قلناه آنفا (قوله كما اذا جمل الحديد وقد شرط له الحنطة) قال صاحب العناية فيه نظرا لانه عكس ما نحن فيه من المثال الا اذا جعل ذلك مثالا لمخالفة فقط من غير نظرا الى الانبساط وعدمه اه وقال الشارح العيني بعد نقل ما قاله صاحب العناية قلت ليس فيه عكس لان الحديد قددر وزن الحنطة المشروطة لا يأخذ من ظهرا الدابة قددر ما تأخذه الحنطة وهذا ظاهر اه (أقول) بل فساد كلامه ظاهر لان تعليقه ينافي ما ادعاه فان الحديد الذي هو قددر وزن الحنطة المشروطة اذا لم يأخذ من ظهرا الدابة قددر ما تأخذه

أو مخالفة الى خير وزرع ما هو أضرب كالرطاب فيمن استأجرها لزراعة الحنطة فخالفه الى شئ يصير به المستأجر غاصبا فيجب عليه ضمان ما نقص ويسقط الاجر لان الاجر والضمان لا يجتمعان اذا الاجر يستلزم عدم التعدي والضمان يستلزمه وتنافي الوازم يدل على تنافي الملزومات

وقوله (ومن دفع الى خياط ثوبا) ظاهر وقوله (ويستفيع به انتفاع القبيص) يريد به ستر العود ودفع الحر والبرد وقوله (لقصور جهة الموافقة) لان صاحب الثوب رضى بالمسمى مقابلا لخياطة القبيص دون القباء والباقي ظاهر

### باب الاجارة الفاسدة

تأخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها قال (الاجارة تفسدها الشروط) تفسد الاجارة بالشروط التي فساد البيع بها لانها بمنزلة في كون كل واحد منهما يقبل الاقالة والفسخ والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الاقل من أجر المثل والمسمى وانما جعلت الام في قوله في الاجارة الفاسدة العهد كإثبات لسباق الكلام ودفع الما قبل الاقل من الاجر والمسمى انما يجب اذا فسدت بشرط أما اذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم التسمية وجب أجر المثل بالغاما بلغ نقله في النهاية عن الذخيرة والمغنى وقتاوى قاضيان

(قوله لان صاحب الثوب الخ) (١٧٤) أقول تعليل لقوله يجب أجر المثل بعدما علل بقوله لقصور جهة الموافقة

أي يجب أجر المثل ولا يجب المسمى لقصور جهة الموافقة لان صاحب الثوب الخ

### باب الاجارة الفاسدة

(قوله وانما جعلت الام في قوله في الاجارة الفاسدة العهد كإثبات لسباق الكلام ودفع الما قبل الاقل من الاجر والمسمى انما يجب اذا فسدت بشرط أما اذا فسدت

لجهالة المسمى الخ) أقول وان كان بعضه معلوما وبعضه غير معلوم كما اذا استأجر الدار أو الحمام على أجر معلومة بشرط أن يعمرها أو يرميها وقالوا اذا استأجر الدار على أن لا يسكنها المستأجر فسدت الاجارة ويجب عليه ان يسكنها أجر

قال (ومن دفع الى خياط ثوبا ليخطه قميصا يدبرهم فخطاه قباء فان شاهضه قميص الثوب وان شاه أخذ القباء وأعطاه أجر مثله لا يجاوز درهمهما) قيل معناه القميص الذي هو ذو طاق واحد لانه يستعمل استعمال القميص وقيل هو مجرى على اطلاقه لانهم ما يتفاوتان في المنفعة وعن أبي حنيفة أنه يضمه من غير خيار لان القباء خلاف جنس القميص ووجه الظاهر أنه قميص من وجه لانه يشد وسطه فن هذا الوجه يكون مخالفا لان القميص لا يشد ويتفيع به انتفاع القبيص فجاءت الموافقة والمخالفة فيميل الى أي الوجهين شاء الا أنه يجب أجر المثل لقصور جهة الموافقة ولا يجاوز به الدرهم المسمى كما هو الحكم في سائر الاجارات الفاسدة على ما نيسه في بابه ان شاء الله تعالى ولو خطاه سراويل وقد أمر بالقضاء قبل يضمن من غير خيار للتفاوت في المنفعة والاصح انه يخير للاختلاف في أصل المنفعة وصار كما اذا أمر بضرب طست من شبه فضرب منه كوزا فانه يخير كذا هذا والله أعلم

### باب الاجارة الفاسدة

قال (الاجارة تفسدها الشروط كما تفسد البيع) لانه بمنزلة الا ترى أنه عقد يقال ويقسح (والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى)

الخطئة المشرطة تعين العكس حيث كان ما جعله المستأجر على الدابة وهو الحد يد أقل انبساطا على ظهر الدابة مما شرطه له في العقد وهو الخطئة وقد كان فيما نحن فيه ما وضعه المكثري على الجار وهو الاكاف أكثر انبساطا مما عين له في العقد وهو السرج وهو عكس ذلك لا محالة

### باب الاجارة الفاسدة

تأخير الاجارة الفاسدة عن صحيحها لا يحتاج الى معذرة لوقوعها في محلها كالا يخفى (قوله والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى) قال جمهور الشراح أي الواجب فيها هو الاقل من أجر

المثل بالغاما بلغ كذا في شرح الزيلعي فتأمل اذا كان الحال ما سمعت هل يدفع مادة الاعتراض بجعل الام العهد المثل قال في المحيط السهراني اذا تكرر دار من رجل سنة بمائة درهم على أن لا يسكنها فالاجارة فاسدة لانه شرط في الاجارة ما لا يقتضيه العقد والواجب فيه منفعة فانه اذا لم يسكن فيها المستأجر لا يتسلط بئر الوضوء والمخرج واذا سكن يتسلط واصلاح ذلك على الاجر فكان لا أجر فيه منفعة من ذلك الوجه انتهى قال الاتفاق في شرح قوله ومن دفع الى خياط ثوبا قال لا يسكنها بالانصاف الخ لو قال أجرتك هذه الدار شهر ابعثه على أن لا تسكنها فسدت هذه الاجارة وان سكنها يجب أجر المثل بالغاما بلغ زاد على المسمى ولا ينقص عنه وهذا أيضا يرجع الى جهالة المسمى في الحقيقة كذا قال الامام فخر الدين قاضيان انتهى ولعل وجهه أن العاقد لم يجعل المسمى بمقابلته المنافع حيث شرط المستأجر ان لا يسكن ولا بمقابلته التسليم لانه لا يتحقق مع فساد العقد لان التسليم هو التخلية وهي التمكن كما سيجي و ذلك لا يتحقق مع الفساد لوجود المنع من الانتفاع به شرعا فأشبه المنع الحسي من العباد وقد مر فاذا سكن فقد استوفى منافع ليس في مقابلته ابدل فيجب أجر المثل بالغاما بلغ كما اذا لم يذكر في العقد تسمية أصلا ولا يتقصر عن المسمى لان المستأجر رضى بالمسمى بدون الانتفاع فعند الانتفاع أولى فليقدر والله الهادي (قوله بالغاما بلغ) أقول لا انتفاع المرجع منه

يجب بالغامابليغ اعتبارا  
بيوع الاعيان فان البيع  
اذا فسد وجب القيمة بالغة  
ما بلغت وهذا بناء على أن  
المنافع عنده كالأعيان ولنا  
أن تقوم المنافع ضرورة دفع  
الحاجة بالعقد والضروري  
يتقدر بقدر الضرورة  
والضرورة تدفع بالصحة  
فيكتفى بها وهذا كما ترى  
بقضى عدم اعتبار الاجارة  
الفاسدة الآن الفاسدة  
تبع للصحة فيثبت فيها  
ما ثبت في الصحة عادة  
وهو قدر أجر المثل وهذا  
يقضى لزوم الأجر المسمى  
بالغامابليغ لكنهما اذا اتفقا  
على مقدار في الفاسد  
سقطت الزيادة وهذا  
يقضى لزوم الأجر المسمى  
بالغامابليغ لكن لما كانت  
التسمية فاسدة لم يجب من  
المسمى ما زاد على أجر المثل  
فاستقر الواجب على ما هو  
الأقل من أجر المثل والمسمى  
بخلاف البيع فان العين  
مقومة في نفسه وهو أي  
القيمة هو الموجب الأصلي  
وانما ذكره لتذكير الخبير  
فان صحت التسمية انتقل  
عنه والأفلا

وقال زفر والشافعي يجب بالغامابليغ اعتبارا ببيع الاعيان ولنا أن المنافع لا تقوم بنفسها بل بالعقد  
لحاجة الناس فيكتفى بالضرورة في الصحيح منها الآن الفاسد تبسعه ويعتبر ما يجعل بدلا في الصحيح عادة  
لكنهم ما اذا انفسقا على مقدار في الفاسد فقد أسقطا الزيادة واذا انقص أجر المثل لم يجب زيادة المسمى  
لفساد التسمية بخلاف البيع لان العين مقومة في نفسها وهي الموجب الأصلي فان صحت التسمية  
انتقل عنه والأفلا

المثل ومن المسمى وقالوا هذا الحكم اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى  
ولا باعتبار عدم التسمية لانه لو كان باعبار واحد منهما يجب الأجر بالغامابليغ كما صرح به في الذخيرة  
والمغنى وفتاوى فاضيلان وقال صاحب العناية والواجب في الاجارة التي فسدت بالشروط الأقل من  
أجر المثل والمسمى وقال انما جعلت اللام في قوله في الاجارة الفاسدة للعهد كما رأيت بسياق الكلام ودفعنا  
لما قيل الأقل من الأجر ومن المسمى انما يجب اذا فسدت بشرط أما اذا فسدت لجهالة المسمى أو لعدم  
التسمية وجب أجر المثل بالغامابليغ نفسه في النهاية عن الذخيرة والمغنى وفتاوى فاضيلان اه كلامه  
(أقول) فيه شيء أما أولا فلا ن قوله والواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل الخ لفظ القدوري  
في مختصره ولا دلالة لسياق كلامه على كون اللام في قوله المذكور بل ذكر قبل مقدار الوقتين ووقع  
بالشرط كما يفسد البيع لم يذكر في مختصره قبل قوله المذكور بل ذكر قبل مقدار الوقتين ووقع  
بينهم مسائل كثيرة من مسائل الاجارة والصحة والفاسدة بحيث لم يبق بينهما ارتباط فلامعنى لأن يجعل  
سياق الكلام على جعل اللام في قوله المذكور للعهد نعم قد ذكر ذلك في البداية والهداية قبل قوله  
المذكور كما ترى لكن الكلام في تعيين كلام القدوري وأما ما ينافي لانه لو كان اللام في القول المذكور  
للعهد وكان المعنى ما ذكره لزم أن يكون المذكور في باب الاجارة الفاسدة حكم نوع مخصوص فقط  
من الاجارة الفاسدة وهو ما فسد بالشروط وأن يكون حكم باقي أنواعها وهي ما فسد لجهالة المسمى  
وما فسد لعدم التسمية بالاجماع وما فسد بالشيوع عند أبي حنيفة مترولا الذي ذكر بالكلية غير مبين  
أصلا ولا في مختصر القدوري ولا في البداية ولا في الهداية ولا في عامة المعتمدين وهذا مما لا تقبله الفطرة  
السليمة وأما ثالثا فلا ن انه انما دفع بجعل اللام في القول المذكور للعهد ما قيل على الوجه الذي ذكره  
يرد عليه أن يقال من الاجارة الفاسدة بالشروط ما لا يجب فيه الأقل من أجر المثل ومن المسمى بل يجب  
فيه أجر المثل بالغامابليغ كما اذا استأجر دارا أو حائوتا سنة بمائة درهم على ان يرهما المستأجر فان الواجب  
على المستأجر هنالك أجر المثل بالغامابليغ صرح به في فتاوى فاضيلان وغيره اذ ذكر في النهاية أيضا نقلا  
عن فتاوى فاضيلان الى غير ذلك من النظائر التي صرح بهم في المعتمدين فينقض بعمل ذلك قوله الواجب  
في الاجارة التي فسدت بالشروط الأقل من أجر المثل والمسمى \* ثم أقول الحق عندى ان اللام  
في القول المذكور ليس للعهد كما زعمه صاحب العناية بل هو للاستغراق أو الجنس وانه لا حاجة الى  
تقييد الحكم المذكور بأنه فيما اذا كان فساد الاجارة بسبب شرط فاسد لا باعتبار جهالة المسمى ولا  
باعتبار عدم التسمية كما ذهب اليه جمهور الشراح وذلك لان معنى الكلام أن الواجب في الاجارة  
الفاسدة أجر المثل لا يجاوز به المسمى اذا كان هناك مسمى معلوم لان مجاوزة المسمى انما تصور فيه  
فانه اذا لم يكن هناك أجر مسمى أو كان المسمى مجهولا لا يمكن أن يجاوز المسمى بشيء أصلا لقطع بأن  
المجاوزة تقتضي الحد المعلوم فيلغوا أن يقال هنالك لا يجاوز المسمى بأجر المثل فصار لخص المعنى أن  
الواجب في الاجارة الفاسدة أجر المثل الآن يكون هناك مسمى معلوم فينشد لا يجاوز به المسمى بل  
يجب الأقل منهم ما فعل منه حكم الاجارة الفاسدة مطلقا وهو وجوب أجر المثل بالغامابليغ ان لم يكن

قال المصنف (لان الفاسد  
تبع له) أقول ينبغي أن  
يكون ههنا مقدمة مطوية  
مثل أن يقال ولا يلزم عدم  
اعتبار الفاسد وفي بعض  
النسخ الآن الفاسد تبسعه وهذه النسخة طاهرة



استأجر دارا كل شهر بدرهم (من استأجر دارا كل شهر بدرهم) مثل أن يقول عشرة أشهر كل شهر بدرهم (لان الاصل أن كلمة كل اذا دخلت قبل الانتهاء تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم) لان جملة الشهور مجهولة والبعض منها غير محصور كذلك ومحصورا ترجح بالمرجح (والواحد منها معلوم) متيقن (فصح العقد فيه واذا تم الشهر كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح) وهل يلزم أن يكون النقص بمحض الاترا ولا اختلف المشايخ فيه ففهم من يقول انه لا يصح من غير محضر صاحبه على قول أبي حنيفة ومحمد ويصح (١٧٦) على قول أبي يوسف ومنهم من يقول انه لا يصح بغير محضره بخلاف ووجه

ذلك مذكور في المطولات (فان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه) أيضا (ولم يكن للزوج أن ينجزه الى أن ينقضي الشهر وكذا كل شهر سكن في أوله لانه تم العقد فيه بتراضيهما بالسكنى في أوله الآن الذي ذكره في الكتاب) أي القدوري (هو القياس واليه مال بعض المتأخرين وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى ويومها من الشهر الثاني لان في اعتبار الاول بعض الخرج واختلاف في كيفية الفسخ في رأس الشهر الثاني بناء على أن وأسه عبارة عن الساعة التي لم فيها الهلال فكما أهل مضي رأس الشهر والفسخ بعد ذلك فسخ بعد مضي مدة الخيار وقبل ذلك فسخ قبل مجي موقته وكلاهما لا يجوز وذكروا لذلك طرائف ثلاثة منها أن يقول الذي يريد به الفسخ في خلال الشهر فصح

قال (ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور الآن يسمى جملة شهور معلومة) لان الاصل أن كلمة كل اذا دخلت قبل الانتهاء تنصرف الى الواحد لتعذر العمل بالعموم فكان الشهر الواحد معلوما فصح العقد فيه واذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح (ولو سمي جملة شهور معلومة جاز) لان المدة صارت معلومة قال (وان سكن ساعة من الشهر الثاني صح العقد فيه ولم يكن للزوج أن ينجزه الى أن ينقضي وكذلك كل شهر سكن في أوله ساعة) لانه تم العقد بتراضيهما بالسكنى في الشهر الثاني الآن الذي ذكره في الكتاب هو القياس وقد مال اليه بعض المشايخ وظاهر الرواية أن يبقى الخيار لكل واحد منهما في الليلة الاولى من الشهر الثاني ويومها لان في اعتبار الاول بعض الخرج قال (وان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم جاز وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة) لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد فانه جائز وان لم يبين قسط كل يوم ثم يعتبر ابتداء المدة بمسمى وان لم يسم شيأ فهو من الوقت الذي استأجره

هناك مسمى معلوم وجوب الاقل من أجر المثل ومن المسمى ان كان هنالك مسمى معلوم والحاصل أن الشراح جعلوا وجوب الأقل من أجر المثل ومن المسمى معنى بمجموع الكلام المذكور فوقه ووافقا وقعوا واذ جعل ذلك معنى آخر الكلام المذكور وهو قوله لا يجاوز المسمى وأبقى أوله على ظاهره وهو وجوب عين أجر المثل كما فعلناه كان حكم الاجارة الفاسدة مطلقا مستوفى بالكلية في الكتاب ولا يلزم شيء من المحذورات فتأمل وكن الحاكم الفصل (قوله ومن استأجر دارا كل شهر بدرهم فالعقد صحيح في شهر واحد فاسد في بقية الشهور) قال تاج الشريعة فان قلت لو كان فاسدا الجاز الفسخ في الحال قلت الاجارة من العقود المضافة وانقضاء الاجارة في أول الشهر فقبل الانقضاء كيف تفسخ انتهى وتبعه الشارح العيني في السؤال والجواب (أقول) في الجواب نظر لان انقضاء الاجارة وان كان في أول الشهر الآن عقد ما نفذ تحقق في الحال بالاجاب والقبول فلم لا يكفي في جواز الفسخ كون الفسخ بعد تحقق العقد وقدم في أول كتاب الاجارة ان الاجارة مطلقا تنقضاء ساعة فساعة على حسب حدوث المنفعة فقالوا في توجيهه تراخي الانقضاء الى حدوث المنافع ساعة فساعة مع وجود علمته في الحال وهي العقد ان الانقضاء حكم الشرع والعلل الشرعية تغاير العلة العقلية في جواز انفكاكه من معلولاتها ولم يحز الفسخ قبل أن وان الانقضاء ولم يكف كونه بعد تحقق العقد الذي هو سبب الانقضاء لما جاز فسخ الاجارة الفسخية أيضا بعد أن أوعيب قبل استيفاء المنافع بتمامها فانه اذا لم يحدث جزء من المنافع لم يتحقق الانقضاء في حقه فيلزم الفسخ قبل الانقضاء بالنظر اليه مع أنه لا شك في جواز ذلك كما صرحوا به فاطمة وسيجي في الكتاب (قوله واذا تم كان لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة لانتهاء العقد الصحيح) قال

العقد رأس الشهر فينفسخ العقد اذا أهل الهلال فيكون هذا فصلا مضاهيا إلى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضاهيا في فكذا فسخته (فان استأجر دارا سنة بعشرة دراهم صح وان لم يبين قسط كل شهر من الاجرة لان المدة معلومة بدون التقسيم فصار كاجارة شهر واحد ويعتبر ابتداء المدة بمسمى) بأن يقول من شهر رجب من هذه السنة مثلا (وان لم يسم شيأ فهو من الوقت الذي استأجره

(قوله والبعض منها غير محصور كذلك) أقول أي مجهول (قوله ومحصورا ترجح بالمرجح) أقول فيه مسامحة والمراد في اعتباره ترجح بالمرجح



في المحيط البرهاني وفي الاصل اذا استأجر الرجل من آخر دارا كل شهر بعشرة دراهم فان أباحنيقة قال هذا جائز ولكل واحد منهما أن ينقض الاجارة في رأس الشهر فان سكن يوما أو يومين لزمه الاجارة في الشهر الثاني واختلفت عبارة المشايخ في تخريج المسئلة بعضهم قال أراد بقوله جائز أن الاجارة في الشهر الاول جائزة فأما فيما عدا ذلك من الشهور فالاجارة فاسدة لجهالة المدة لانه اذا جاء الشهر الثاني ولم يفسخ كل واحد منهما الاجارة في رأس الشهر جازت الاجارة في الشهر الثاني لان الشهر الثاني صار كالشهر الاول وبعضهم قال لا بل الاجارة جائزة في الشهر الثاني والثالث كما جازت في الشهر الاول واطلاق محمد رحمه الله في الكتاب يدل عليه وانما جازت الاجارة فيما وراء الشهر الاول وان كانت المدة مجهولة لتعامل الناس من غير تكبر منكر وانما ثبت الخيار لكل واحد منهما رأس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة فيما زاد على الشهر الاول لنوع ضرورة بيانها أن موضوع الاجارة أن لا تزال الرقبة عن ملك المؤجر ولا تجعلها ملكا للمستأجر ومتى لم يثبت الخيار لكل واحد منهما رأس الشهر زال رقبة المستأجر عن ملك المؤجر معنى لانه لا يملك سكنها ولا يبيعها ولا يهبها أبد الدهر لانه لا نهاية لجملة الشهور وهذا لا يجوز لهذه الضرورة كان لكل واحد منهما الخيار بين الفسخ والمضي في رأس كل شهر وان كانت الاجارة جائزة في الشهر وفيما زاد على الشهر وقال الآن المشايخ بعد هذا الخلفوا في كيفية امكان الفسخ لكل منهما رأس كل شهر وانما اختلفوا الآن رأس الشهر في الحقيقة عبارة عن الساعة التي يهل فيها الهلال فكما أهل الهلال مضى رأس الشهر فلا يمكن الفسخ بعد ذلك لمضي وقت الخيار وقبل ذلك لا يمكنه الفسخ لانه لم يحن وقته والصحيح في هذا أحد الطرق الثلاثة اما أن يقول الذي يريد الفسخ قبل مضي المدة فسخت الاجارة فيتوقف هذا الفسخ الى انقضاء الشهر واذا انقضى الشهر وأهل الهلال عمل الفسخ حينئذ عمله ونفذ لانه لم يجد نفاذا في وقته والفسخ اذا لم يجد نفاذا في وقته يتوقف الى وقت نفاذه وبه كان يقول أبو نصر محمد بن سلام البخني ونظيره هذا ما قاله محمد رحمه الله في البيوع اشترى عبد اعلى أنه بالخيار فحم العبد وفسخ المشتري العقد بحكم الخيار لم ينفذ هذا الفسخ بل يتوقف الى أن تزول الحى في مدة الخيار وقال في المضاربة رب المال اذا فسخ المضاربة وقد صار مال المضاربة عروضا لم ينفذ الفسخ للحال بل يتوقف الى أن يصير مال المضاربة دراهم أو دينار فينفذ الفسخ حينئذ كذا ههنا أو يقول الذي يريد الفسخ في خلال الشهر ففسخت العقد رأس الشهر فينفذ العقد اذا أهل الهلال ويكون هذا فسخا مضافا الى رأس الشهر وعقد الاجارة يصح مضافا فكذا فسخه يصح مضافا أو يفسخ الذي يريد الفسخ في الليلة التي يهل فيها الهلال ويومها وهذا القائل يقول لم يرد بمحمد بقوله لكل واحد منهم ما أن ينقض الاجارة رأس الشهر من حيث الحقيقة وهو الساعة التي يهل فيها الهلال وانما أراد به رأس الشهر من حيث العرف والعادة وهي الليلة التي يهل فيها الهلال أو يومها وهكذا قال محمد رحمه الله في كتاب الايمان اذا حلف الرجل ليقضي حق فلان رأس الشهر ففضاه في الليلة التي يهل فيها الهلال أو في يومها لم يحن استحسانا الى هذا لفظ المحيط وهكذا ذكر في الذخيرة أيضا ونقله صاحب النهاية عن الاخيرة بنوع اجمال منه (أقول) لقائل أن يقول الطريق الاول والثاني من الطرق الثلاثة المذكورة مما لا يساعده عبارة الآئمة في وضع هذه المسئلة فان محمد رحمه الله قال في الاصل وا كل واحد منهما ما أن ينقض الاجارة في رأس الشهر والامام قاضيان قال في فتاواه رجل أجر داره أو حاقوته كل شهر بدرهم كان لكل واحد منهما أن يفسخ الاجارة عند تمام الشهر والمصنف قال ههنا واذا تم كل لكل واحد منهما أن ينقض الاجارة ولا يخفى أن مقتضى هذه العبارات أن يكون ثبوت خيار الفسخ لكل واحد منهما عند تمام الشهر الاول ودخول رأس الشهر الثاني لا قبل ذلك ودلالة ذلك الطريقين على أن يثبت لهما خيار الفسخ في خلال الشهر الاول قبل تمامه \* وأقول يمكن أن يعلل نفاذ الفسخ وتأثيره في ذلك الطريقين



البهالة ولكنه ترك لأجتماع المسلمين قاله صلى الله عليه وسلم ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن وأما الحجام فلما روى أن النبي عليه  
 الصلاة والسلام احتجم وأعطى الحجام الأجرة ولأنه استجار على عمل معلوم بأجر معلوم بلا مانع معلوم فيقع جائزاً وانما ذكره ما في  
 الإجارة الفاسدة مع كونه جائزاً لأن لبعض الناس فيه خلافاً فإن بعض العلماء كره غلة الحجام أخذاً بظاهر قوله صلى الله عليه وسلم الحجام شر  
 بيت ومنهم من فصل بين حجام الرجال وحجام النساء فكره أخذ الحجام للنساء لأنهن نهين عن البروز وأمرن بالقرار وروى عن أحمد بن  
 حنبل أنه لم يبيع أجرة الحجام وكرهه كسبه عثمان وأبو هريرة رضي الله عنهما والحسن والنخعي رحمه الله وروى أبو هريرة أن رسول الله  
 صلى الله عليه وسلم قال إن من السحت عصب التيس ومهر البغي وكسب الحجام والصحيح عند عامة العلماء أنه لا بأس بأخذ الحجام  
 للرجال والنساء جميعاً للحاجة والحاجة في حق النساء أظهر لأن المرأة تحتاج إلى الغسل عن الجنابة والحيض والنفاس ولا تتمكن  
 من ذلك في الأنهار والحياض تمكن الرجال وقد صح أن النبي صلى الله عليه وسلم دخل حمام الخيفة وأزيل ما روى من الكراهة هو أن  
 يدخل مكشوف العورة فأما بعد التستر فلا بأس بالدخول ولا كراهة في (١٧٩) غلته كالأكره في غلة الدور

قال ( ولا يجوز أخذ أجره عسب التيس ) وهو أن يؤجر فملا يسزوعلى الأناث لقوله عليه الصلاة والسلام إن من السحت عسب التيس والمراد أخذ الأجرة عليه قال ( ولا الاستئجار على الأذان والحج وكذا الإمامة وتعليم القرآن والفقه ) والأصل أن كل طاعة يختص بها المسلم لا يجوز الاستئجار عليه عندنا وعند الشافعي رحمه الله يصح في كل ما لا يتعين على الأجير لانه استئجار على عمل معلوم غير متعين عليه فيجوز ولنا قوله عليه الصلاة والسلام اقرؤا القرآن ولانا كذا وفي آخر ما عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى عثمان بن أبي العاص وإن اتخذت مؤذنا فلا تأخذ على الأذان أجر أولان القرية متى حصلت وقعت عن العام بل وله ذات تبرأه ليهية فلا يجوز له أخذ الأجر من غيره كما في الصوم والصلاة

والحاجة تدعو اليه فكان جائزاً كاستنجار الظائر للارضاع قلنا هو مخالف (لقوله صلى الله عليه وسلم ان من السحت عصب التيس) رواه البخاري (ومراده أخذ الاجرة عليه ولا يجوز الاستنجار على الاذان والحج) وكلامه فيه ظاهر (قوله على ٤- ل معلوم غير متعين عليه اشارة الى الاحتراز عما لو تعين الشخص للامامة والافناء والتعليم فانه لا يجوز استنجاره بالاجماع

قال المصنف (وهو أن يؤجر فلا) أقول كأن المصنف يريد أن في الكلام مجاز حيث أطلق التيس وأريد مطلق الفعل كإطلاق المرسل وإرادته مطلق الانف (قوله ولا يجوز أخذ أجره) عيب الفعل أي ضربه وهو أن يؤجر فلا يجوز وعلى الأناث) أقول قوله وهو أن يؤجر فعلا الخ يدل على أن العيب بمعنى الإكراه على ما ذكره أرباب اللغة فلا وجه لتفسير الشارح بقوله أي ضربه ويجوز أن يقال ظاهر إضافة الأجرة إلى العيب يقتضي أن يكون العيب بمعنى الضرب نقول المصنف وهو أن يؤجر يكون من قبيل الاستخدام قال المصنف (وهو أنه أخذ الأجرة عليه) أقول أي المراد من عيب التيس يعني أن المضاف مقدر وفي الصحاح العيب الإكراه الذي يؤخذ على ضرب الفعل ونحوه عن عيب الفعل تقول عيب فعله يعسبه أي إكراهه وعيب الفعل أيضا ضربه ويقال مأثمه

(وهذه مشايخنا) زعموا مشايخنا على تعليم القرآن اليوم) يعني في زماننا وجوزوا له ضرب المدة وأنه  
 في جوب المسمى وعند عدم الاستحجار وعند عدم ضرب المدة افتوا وجوب أجر المثل (لأنه ظهر التواني في الامور الدينية في الامتناء  
 فقيس حفظ القرآن) وقالوا انما كره (١٨٠) المتقدمون ذلك لأنه كان لأعين عطيات من بيت المال فكانوا مستغنين عمالاً به،

من أمر معاشهم وقد  
 كان في الناس رغبة في  
 التعليم بطريق الحسبة ولم  
 يبق ذلك وقال أبو عبد الله  
 انه لما جرى مجرى في زماننا  
 للامام والمؤذن والمعلم أخذ  
 الاجرة كرم في الذخيرة (ولا  
 يجوز الاستحجار على سائر  
 الملهي لأنه استحجار  
 على المعصية والمعصية  
 لا تستحق بالعقد) فانه لو  
 استحقته لكان وجوب  
 ما يستحق المسره به عقابا  
 مضافا الى الشرع وهو باطل  
 قال (ولا يجوز اجارة المشاع  
 عند أي حنيفة الامن  
 الشريك) ولا يجوز ان  
 يؤجر الرجل نصيبا من  
 داره أو نصيبه من دار  
 مشتركة من غير الشريك  
 عند أي حنيفة سواء كان  
 النصيب معلوما كالربع  
 ونحوه أو مجهولا (وقالا  
 يجوز لان المشاع له منفعة  
 ولهذا يجب أجر المثل) وماله  
 منفعة يد عليه عقد  
 الاجارة لأنه عقد على  
 المنافع فكان مقتضى  
 موجودا (والمانع) وهو  
 عدم القدرة على التسليم  
 (متفق لانه يمكن بالفضيلة  
 أو بالتأثير فصار كما اذا أجر  
 من شريكه أو من رجلين  
 وصار كالبيع ولا يحنيفة

ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح  
 وبعض مشايخنا استحسنوا الاستحجار على تعليم القرآن اليوم لأنه ظهر التواني في الامور الدينية في  
 الامتناع فقيس حفظ القرآن وعليه الفتوى قال (ولا يجوز الاستحجار على الغناء والنوح وكذا سائر  
 الملهي) لأنه استحجار على المعصية والمعصية لا تستحق بالعقد قال (ولا يجوز اجارة المشاع عند  
 أبي حنيفة الامن الشريك) وقالوا اجارة المشاع جائزة) وصورته أن يؤجر نصيبا من داره أو نصيبه من  
 دار مشتركة من غير الشريك له ما أن للمشاع منفعة ولهذا يجب أجر المثل والتسليم ممكن بالفضيلة  
 أو بالتأثير فصار كما اذا أجر من شريكه أو من رجلين وصار كالبيع ولا يحنيفة أنه أجر ما لا يقدر على  
 تسليمه فلا يجوز

ينتقض هذا بما ذكره المصنف في باب الحج عن الغير من كتاب الحج حيث قال ثم نطاهر المذهب أن  
 الحج يقع عن المجعوج عنه وبذلك تشهد الاخبار الواردة في الباب كحديث الخنعمية فانه عليه  
 الصلاة والسلام قال فيه عجي عن أبيك واعتمرى فان ذلك صريح في وقوع القرية عن غير العامل قال  
 صاحب الكافي في تقرير هذا الدليل ولان القرية متى وقعت يقع ثوابها بالمفعل لا بالتفسير اه  
 (أقول) يخالف هذا ما صرح به المصنف وصاحب الكافي أيضا في أول باب الحج عن الغير من أن  
 الاصل ان الانسان له أن يجعل ثواب عمله لغيره صلاة كانت أو صوما أو صدقة أو غيرها عند أهل  
 السنة والجماعة لما روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه ضمن بكسبين ألمحين أحدهما عن نفسه  
 والاخر عن أمته عن أقرب واحدانية الله تعالى وشهده بالبلغ فجعل ثواب فضيحة احدي الساتين  
 لأمته اه فليتأمل (قوله ولان التعليم مما لا يقدر المعلم عليه الا بمعنى من قبل المتعلم فيكون  
 ملتزما ما لا يقدر على تسليمه فلا يصح) أقول فيه بحث لانه ان أريد ان المعلم لا يستقل في التعليم  
 بشئ أصلا فهو ممنوع فان التلقين واللقاء فعل المعلم وحده لا مدخل فيه للتعليم وانما وتطبيقه الاخذ  
 والفهم وان أريد ان المعلم أيضا مدخل في ظهور أثر التعليم وفائدته فان المعلم مالم يأخذ ما لقاها المعلم  
 ولم يفهم ما لقته لم يظهر لتعليمه أثر وفائدة فهو مسلم ولكن الذي يلتزمه المعلم انما هو فعل نفسه عما  
 يقدر عليه لا فعل الآخر ولا مانع من أخذ الاجرة على فعل نفسه كما لا يخفى فان قلت التعليم والتعليم  
 متعديان بالذات ومختلفان بالاعتبار على ما ذكر في بعض الكتب فيقول أخذ الاجرة على التعليم الى  
 أخذها على التعلم الذي هو فعل الغير قلت اتحاد التعليم والتعلم بالذات أمر غير واضح بل غير مسلم ولو  
 سلم كفي التغاير الاعتباري لنا اذا لاشك في اختلاف التعليم والتعليم في كثير من الاحكام فليكن في أخذ  
 الاجرة عليه كذلك فتأمل (قوله وبعض مشايخنا استحسنوا الاستحجار على تعليم القرآن اليوم لأنه  
 ظهر التواني في الامور الدينية في الامتناع فقيس حفظ القرآن وعليه الفتوى) أقول فيما ذهب  
 اليه هؤلاء المشايخ اشكال وهو ان مقتضى الدليل الثاني والدليل الثالث المارين أنفا أن لا يمكن  
 تحقق ماهية الاجارة وهي تعليق المنافع بعوض في الاستحجار على تعليم القرآن ونظائره بناء على عدم  
 القدرة على تسليم ما لزمه المؤجر من المنفعة فكيف يصح استحسان الاستحجار في هاتيك الصور وصحة  
 استحسانه فرفع امكان تحقق ماهية الاجارة كما لا يخفى فليتأمل في دفع هذا الاشكال القوي لعلة مما

أنه أجر ما لا يقدر على تسليمه) ويمكن توجيهه على وجهين أحدهما أن يكون معارضة وتقديره أجر ما لا يقدر على تسليمه تسكب

(قوله لكان وجوب ما يستحق المرية عقابا) أقول قوله عقابا مفعول يستحق (قوله أحدهما أن يكون معارضة) أقول وهو الظاهر  
 من تقرير الكلام (قوله وتقديره أجر ما لا يقدر على تسليمه) أقول يعني على تسليمه وحده



(لأن تسليم المشاع وحده) سواء كان محتلا لقسمه كالأرأ ولا كالعبد (غير متصور) وما لا يتصور تسليمه لا تصح إجارته لعدم الانتفاع به والإجارة عقد على المنفعة فيكون دليلا مبتدأ من غير تعرض للدليل الخصم والثاني أن يكون ممانعة وتقر بره لا تسلم انتفاع المانع فانه أجر ما لا يقدر على التسليم وعدم التسليم يمنع صحة الإجارة وقوله (والخلفية) جواب عما قالوا التسليم ممكن بالخلفية ووجهه أن الخلفية لم تعتبر تسليم الذات بحيث اعتبر بل لكونها تمكينا (وهو) أي التمكين هو (الفعل الذي يحصل به التمكين) فكانتم اعتبرتم عليه وهو وسيلة إلى التمكين (والتمكن في المشاع غير حاصل) ففات المعلول وإذا فات المعلول لا معتبر بالعلة (بخلاف البيع) فإن المقصود به ليس الانتفاع بل الرقبة ولهذا جاز بيع الخش فكان التمكين بالخلفية فيه حاصلا وقوله (وأما التأيي) جواب عن قوله ما أوبالتأيي وحاصله أن التأيي من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لا تنفأ شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن إثباته بالتأيي لأنه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتنا وقوله (وبخلاف ما إذا أجر من شريكه) جواب عن قوله ما أنصاركم إذا أجر من شريكه وجهه أنه إذا أجر من شريكه (فالكل يحدث على ملكه فلا شيوخ) (١٨١) وفيه نظرا لأنه لو لم يكن فيه شيوخ

لجواز الهبة والرهن من الشريك لكنه لم يجز وأجيب أن المراد لا شيوخ يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه فالمنقح شيوخ موصوف ويجوز أن يكون الشيوخ ما نعالكم باعتبار دون آخر يمنع عن جواز الهبة من حيث القبض فإن القبض التام لا يحصل في الشائع بخلافه أن الشريك والأجنبي فيه سواء ومنع جواز الرهن لانعدام المعقود عليه وهو الحبس الدائم لأنه في الشائع غير متصور والشريك والأجنبي فيه سواء وأما ههنا فلا يعدم المعقود عليه وهو المنفعة وإنما تنعذر التسليم وذلك لا يوجد

وهذا لأن تسليم المشاع وحده لا يتصور والخلفية اعتبرت تسليم الوقوعه تمكينا وهو الفعل الذي يحصل به التمكين ولا يمكن في المشاع بخلاف البيع لم حصول التمكين فيه وأما التأيي فأنما يستحق حكم العقد بواسطة الملك وحكم العقد بعقبه والقدرة على التسليم شرط العقد بشرط الشيء يسبقه ولا يعتبر المتراخي سابقا وبخلاف ما إذا أجر من شريكه فالكل يحدث على ملكه فلا شيوخ والاختلاف في النسبة لا يضره على أنه لا يصح في رواية الحسن عنه

تسكب فيه العبر أن لا يسلم صحة ذلك الدليلين (قوله وأما التأيي فأنما يستحق حكم العقد بواسطة الملك إلى قوله ولا يعتبر المتراخي سابقا) هذا جواب عن قوله ما أوبالتأيي وحاصله أن التأيي من أحكام العقد بواسطة الملك فهو متأخر عن العقد الموجب للملك وهو منتف لا تنفأ شرطه وهو القدرة على التسليم ولا يمكن إثباته بالتأيي لأنه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتنا كذا في العناية واعتراض بعض الفضلاء على ما في الهداية وعلى ما في العناية أما على ما في الهداية فبان قال فيه بحث فانهم لم يقولوا أن التأيي هو القدرة على التسليم بل يقولون يتحقق التسليم به فكما أن التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التأيي وأما على ما في العناية فبان قال يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتنا وما نحن بصدده منه ١٨١ (أقول) كل واحد منهما ما ساقط أما الأول فلا أنه كلام خال عن التحصيل لأن ما ذكره ههنا من قبل أبي حنيفة ليس بمعنى على أن يكون مدار ما قاله صاحبه على أن التأيي هو القدرة حتى يصح الاعتراض عليه بأنهما لم يقولوا أن التأيي هو القدرة بل قال يتحقق التسليم به بل ذلك مبني على أن قولهما أوبالتأيي في قوله ما التسليم ممكن بالخلفية أو بالتأيي يقتضي جواز كون ثبوت القدرة على التسليم بثبوت التأيي فيرد عليه من قبله أن يصل ثبوت التأيي بل ثبوت القدرة على التأيي متأخر عن تحقق العقد لأنه أنما يستحق حكم العقد بواسطة الملك والقدرة على التسليم مقدمة على العقد لكونها شرط جوازه فكيف يمكن أن يكون ثبوت المتقدم بثبوت

في حق الشريك وقوله (والاختلاف في النسبة لا يضره) جواب عما يقال سلمنا أن الكل يحدث على ملكه لكن على اختلاف مع النسبة لأن الشريك ينتفع بنصيبه بنسبة الملك وينصيب شريكه بالاستئجار فيكون الشيوع موجودا ووجه ذلك أن الاختلاف في السبب غير معتبر إذ التحد المقصود على أن تمنع جوازه على رواية الحسن عنه فكان كل رهن على هذه الرواية

(قوله وما لا يتصور تسليمه) أقول يعني وحده (قوله لعدم الانتفاع به) أقول أي لعدم الانتفاع به على الوجه الذي يقضيه العقد فلا يرد شيء (قوله وتقر بره لا تسلم انتفاع المانع) أقول فعلى هذا يكون قوله وهذا لأن تسليم المشاع الخ من قبل المبالغ في السند قال المصنف (وأما التأيي فأنما يستحق حكم العقد بواسطة الملك وحكم العقد بعقبه) أقول فيه بحث فانهم لم يقولوا أن التأيي هو القدرة على التسليم بل يقولون يتحقق التسليم به فكما أن التسليم حكم العقد والقدرة عليه شرط فكذلك يقال في التأيي (قوله لأنه لا يمكن أن يكون ثبوت الشيء بما يتأخر عنه ثبوتنا) أقول يجوز ثبوت العلم بالشيء بما يتأخر عنه ثبوتنا وما نحن بصدده منه (قوله وأجيب بأن المراد لا شيوخ يمنع التسليم وهو المقصود فيما نحن فيه الخ) أقول فيه تأمل (قوله لأنه في الشائع غير متصور الخ) أقول فيه بحث



قوله (وبخلاف الشيوخ الطائري) بأن أجبر رجل من رجلين ثم مات أحدهما فله تبقى الاجارة في نصيب الخلى شائع في ظاهر الرواية (لان القدرة على التسليم ليست بشرط البقاء) لان القدرة لو جوب التسليم ووجوبه في الابتداء دون البقاء ليس له تعلق بظاهر الا أن يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما أو من رجلين لكه في قوله وبخلاف ما اذا أجبر من رجلين (وبخلاف ما اذا أجبر من رجلين) جواب عن ذلك ووجهه ما قال (ان التسليم يقع جملة ثم الشيوخ يتفرق الملك فيما بينهما طائري) فان قيل لان التسليم أنه طائري بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة أجيب بأن (١٨٣) بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا وهو فاسد لان

العقد الغير لازم هو الذي يكون البقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على أنه لو ثبت هذا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض وانما انحصر بقول لبقاء العقد فيها والصواب أن يقال الطريان انما هو على التسليم لا على العقد وذلك مما لا يشك فيه

(قوله ليس له تعلق بظاهر) أقول خبر لقوله وقوله وبخلاف الشيوخ الخ (قوله الا أن يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما أو من رجلين الخ) أقول الظاهر أنه جـواب للمعنى يستدل به الامامان على مدعاهما بجواز الاجارة في صورة الشيوخ الطائري بأن يموت أحد المتأجرين بعدما أجرا دارا له من رجل مثلا وان لم يكن مذكورا في تفسير دليلهما في هذا الكتاب الآن له نظائر كثيرة (قوله وهو فاسد لان العقد الغير لازم هو الذي يكون البقاء فيه

وبخلاف الشيوخ الطائري لان القدرة على التسليم ليست بشرط البقاء وبخلاف ما اذا أجبر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوخ يتفرق الملك فيما بينهما طائري

المأخوذ وهذا معنى قول المصنف ولا يعتبر المتراخي سابقا ولا غير عليه أصلا وأما الثاني فلا يشك في جواز ثبوت العلم بالشئ بما يتأخر عنه ثبوتنا كافي الاستدلال من الأثر على المؤثر ولكن ما نحن بصدد ليس منه لاحالة اذ لا يشك عاقل في ان ليس معنى قوله ما والتسليم ممكن بالتخلية أو بالتأثير أو ثبوت العلم بما كان التسليم بالتخلية أو بالتأثير بل معناه ان ثبوت نفس إمكان التسليم أي القدرة عليه بالتخلية أو بالتأثير وما نحن بصدد جواب عن قوله ما ذلك فكان المراد به أيضا ما أريد به هناك (قوله وبخلاف الشيوخ الطائري لان القدرة على التسليم ليست بشرط البقاء) قال صاحب العناية ليس لقوله هذا تعلق بظاهر الا أن يجعل تمهيدا للجواب عن قولهما أو من رجلين لكن في قوله وبخلاف ما اذا أجبر من رجلين نبوة عن ذلك تعرف بالتأمل اه كلامه (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة ان مقصود المصنف من قوله هذا دفع اشكال يرد على دليل أبي حنيفة وهو ان الشيوخ الطائري لا يفسد الاجارة بالاجماع مع انتفاء القدرة على التسليم هناك أيضا ولا شك ان لهذا تعلقا بظاهر ما نحن فيه من غير احتياج الى أن يجعل تمهيدا للمابعد (قوله وبخلاف ما اذا أجبر من رجلين لان التسليم يقع جملة ثم الشيوخ يتفرق الملك فيما بينهما طائري) قال تاج الشريعة فان قلت الشيوخ مقارن لاطائري فانها ساعة ضاف يعقد ساعة فساعة فكان الطائري كالمقارن قلت بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا اه كلامه ورد عليه صاحب العناية جوابه حيث قال فان قيل لان التسليم أنه طائري بل هو مقارن لانها تنعقد ساعة فساعة أجيب بأن بقاء الاجارة له حكم الابتداء من وجه لانها عقد لازم فلا يكون مقارنا وقال وهو فاسد لان العقد الغير لازم هو الذي يكون البقاء فيه حكم الابتداء كما تقدم في الوكالة على أنه لو ثبت هذا ابتداء وبقاء سقط الاعتراض وانما انحصر بقول لبقاء العقد فيها اه (أقول) كل من أصل رده وعلاونه فاسد أما الاول فلا أن قول المجيب لانها عقد لازم ناظر الى قوله دون وجه أو الى مجموع قوله من وجه دون وجه من حيث هو مجموع لالى قوله من وجه وحده كقولهم صاحب العناية وبني عليه رده كما ترى فعنى الجواب ان لبقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه دون وجه لانها عقد لازم فان العقد الغير لازم يكون لبقائه حكم الابتداء من كل الوجوه فاذا لم يكن لبقاء الاجارة حكم الابتداء من وجه لم يكن الشيوخ مقارنا للعقد من هذا الوجه فلم يكن الطائري كالمقارن والحاصل ان مدار الجواب المزبور على الفرق بين الشيوخ الطائري والمقارن من الوجه الثاني دون الاول وصاحب العناية توهم العكس حتى

طوى

حكم الابتداء) أقول لعل مراد المجيب أن بقاء الاجارة له حكم الابتداء في جعل المعقود عليه الغير

المستأجر وقوله لانها عقد لازم يرد ان اقامة العين المستأجرة مقام المنفعة كان ليكون العقد لازما فيكون ذلك العقد باقيا حكما كما في سائر العقود وقوله من وجه مسمى الى ما ذكرنا أيضا فتنبه فلا يرد ما أورده الشارح (قوله كما تقدم في الوكالة) أقول في باب عزل الوكيل (قوله وانما انحصر بقول لا) للعقد فيها) أقول لا معتبر لكلام انحصر بعد قيام الدليل على خلافه (قوله والصواب أن يقال الطريان انما هو على التسليم لا على العقد) أقول بوضحه أنه اذا عقد الاجارة مع الرجلين مات أحدهما بعد العقد قبل التسليم تفسد الاجارة في حق الخلى وان كان ذلك حال بقاء العقد

قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآوهن أجورهن ولان التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله وأقرهم عليه ثم قيل ان العقد يقع على المنافع وهي خدمتها الصبي والقيام به واللبن يستحق على طريق التبعية بمنزلة الصبي في الثوب وقيل ان العقد يقع على اللبن والخدمة تابعة ولهذا الوأرضعته بلبن شاء لا تستحق الاجر

طوى في تقرير الجواب قول المجيب دون وجهه ولم يذكر أن الجواب حيث لا يكون دافعا للسؤال أصلا بل يكون مقويا له كما يظهر بالتأمل الصادق وأما الثاني فلا نثبت البقاء لعقد الاجارة مما لم يتنازع فيه أحد فان الأصل عندنا أن العين المستأجرة أقيمت مقام المنفعة في اضافة العقد اليها وان العقد هو الايجاب والقبول الصادران من المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر باق شرطا بقاء العين المستأجرة على السلامة وانما الذي يتجدد ساعة فساعة هو الانعقاد في حق العقود عليه وهو المنفعة الحادثة شيئا فشيئا وهذا مع كونه معلوما مما تقر في صدر كتاب الاجارة من كشف بما ذكرهنا في الكافي وكثير من الشروح وهو ان الشيوخ الطائري بأن أجر رجل من رجلين ثم مات أحد المستأجرين أو بأن أجر رجلان من رجل ثم مات أحد المؤجرين يفسد العقد في حق الحي في رواية الطحاوي عن خالد بن صبيح عن أبي حنيفة لان الاجارة يتجدد انفسا فسادا بحسب حدوث المنافع فكان هذا في معنى الشيوخ المقترون بالعقد وفي ظاهر الرواية يبقى العقد في حق الحي لان تجديد الانعقاد في حق العقود عليه فأما أصل العقد فنقد لازم في الحال وباعتبار هذا المعنى الشيوخ طائري والشيوخ الطائري ليس نظير المعارن كما في الهبة اذا ذهب كل الدار وسلمها ثم رجع في نصفها انتهى ما في الكافي وكثير من الشروح وهكذا ذكر في المبسوط والاسرار أيضا فتنبه (قوله ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة) قال في النهاية اعلم أن القياس يأبي جواز اجارة الظئر لانها ترد على استهلاك العين مقصودا وهو اللبن فكان بمنزلة ما لو استأجر شاة أو بقرة مدة معلومة بأجر معلوم ليشرب لبنها لكن جوازها استحسننا لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآوهن أجورهن وهذا العقد لا يرد على العين وهو اللبن مقصودا وانما يقع على فعل التربية والحضانة وخدمة الصبي واللبن يدخل فيها تبعا لهذه الاشياء ومثل هذا جائز كما لو استأجر صبا غاليا يصيغ له الثوب فانها جائزة وطريق الجواز أن يجعل العقد واردا على فعل الصباغ والصبيغ يدخل فيه تبعا فلم يكن الاجارة واردة على استهلاك العين مقصودا به هذا خرج الجواب عن فعل البقرة والشاة لان هناك عقد الاجارة يرد على استهلاك العين مقصودا كذا في الذخيرة الى هنا لفظ النهاية (أقول) هذا تحرير ركبت بل مختل لان المشايخ قد كانوا مختلفين في أن العقود عليه في استئجار الظئر ماذا فقال بعضهم هو المنافع وهي خدمتها الصبي واللبن يقع كل صبيغ في الثوب وقال بعضهم هو اللبن والخدمة تابعة على ما سيأتي تفصيل ذلك ومدار ما ذكر في وجه القياس هو القول الثاني ومدار ما ذكر في وجه الاستحسان بقوله وهذا العقد لا يرد على العين الخ هو القول الاول فهل ينبغي أن يقال في المسئلة المتفق عليها أن القياس يأبي جوازها لكن جوازها استحسننا فإيد كره في وجه القياس ما يختص بأحد القولين في معنى هاتيك المسئلة وفي وجه الاستحسان ما يختص بالقول الآخر في معناها ولا يخفى أنه لا يصح على أحد القولين وجهه القياس ولا يصح على الآخر وجهه الاستحسان فلا يوجد في المسئلة قياس واستحسان على الوجه المزبور على أن ما ذكر في وجه الاستحسان يقتضي انتفاء ذلك القياس رأسا لترك العمل به بعد تقرير ثبوته كما هو حكم الاستحسان في مقابلة القياس على ما عرف تأمل تقف (قوله لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآوهن أجورهن) قال الشراح يعني بعد الطلاق (أقول) الاولى أن يقال يعني بعد الطلاق والعدة ليوافق ما مر في الكتاب في باب النفقة من كتاب

قال (ويجوز استئجار الظئر بأجرة معلومة الخ) استئجار الظئر بأجرة معلومة جائز لقوله تعالى فان أرضعن لكم فآوهن أجورهن يعني بعد الطلاق ولان التعامل به كان جاريا على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم وقوله وأقرهم عليه واختلف العلماء في العقود عليه فقيل هو المنافع وهي خدمتها الصبي والقيام به واللبن تباع كما صبيغ في الثوب وهو اختيار صاحب الذخيرة والايضاح والمصنف وقيل هو اللبن والخدمة تابعة وهو اختيار شمس الأئمة السرخسي حيث قال في المبسوط والاصح أن العقد يرد على اللبن لانه هو المقصود وما سوى ذلك من القيام بمصالحه تباع والمقصود عليه ما هو المقصود وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به واستوضح المصنف هذه الجهة بقوله ولهذا الوأرضعته بلبن شاء لا تستحق الاجر وبين ما هو المختار عنده بقوله

(قوله يعني بعد الطلاق) أقول يعني بعد الطلاق البائن اذا يجوز به بعد الطلاق الرجعي قبل اقضاء العدة

والأول أقرب إلى الفسقة لأن عقد الإجارة لا ينعقد على اتلاف الأعيان مقصودا لكن استأجر بقرعة ليشتري لبنها ووعده ببيان العذر يعني  
الأرضاع بلين شاء وتجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما عرض عنه شمس الأئمة بعدد وثبته الدليل الواضح وهو تقليد صرف لأن  
الدليل ليس بواضح لأن مداره قوله لأنه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الأرضاع وانتظام أمر معاش الصبي على وجه خاص يتعلق  
بأمور ووسائط منها اللبن فيجعل (١٨٤) العين المرئية منفعة ونقض القاعدة الكلية أن عقد الإجارة عقد على اتلاف المنافع مع

الغنى عن ذلك بما هو وجه  
صحيح ليس بواضح ولا يتثبت  
له عيار وى ابن سماعة عن  
محمد أنه قال استحقاق لبن  
الأمية بعقد الإجارة دليل  
على أنه لا يجوز بيعه وجواز  
بيع لبن الأنعام دليل على  
أنه لا يجوز استحقاقه بعقد  
الإجارة لأنه ليس بظاهر  
الرواية ولئن كان فحق  
ما منعنا أن يستحق بعقد  
الإجارة وإنما الكلام في  
استحقاقه من حيث كونه  
مقصودا أو تبعا وليس في  
كلام محمد ما يدل على شيء  
من ذلك

( قوله وهو تقليد صرف )  
أقول يعني لشمس الأئمة  
( قوله فجعل العين المرئية )  
أقول قوله فجعل مبتدأ  
وخبره مجيء بعد سطرين  
وهو قوله ليس بواضح ( قوله  
ونقض القاعدة الكلية )  
أقول إذا جعل اللبن منفعة  
لا تنتقض القاعدة الكلية  
الأن يقال المراد بالمنافع  
حقيقة ولكن انحصم من  
وراء المنع ( قوله ولا يتثبت  
له ) أقول ناظر إلى قوله أن  
عقد الإجارة عقد على  
اتلاف المنافع ( قوله دليل

والأول أقرب إلى الفسقة لأن عقد الإجارة لا ينعقد على اتلاف الأعيان مقصودا كما إذا استأجر بقرعة  
ليشتري لبنها وسنين العذر عن الأرضاع بلين الشاة أن شاء الله تعالى

الطلاق وهو قوله وإن استأجرها وهي زوجته أو معتدة لترضع ولها لم يجز انتهى وقصد بعض الفضلاء  
توجيه كلامهم فقال في تفسير قول صاحب العناية يعني بعد الطلاق البائن وقال إذا لا يجوز بعد الطلاق  
الرجعي قبل انقضاء العدة انتهى (أقول) ليس ذلك بتمام لأنه لا يجوز بعد الطلاق البائن أيضا قبل انقضاء  
العدة في رواية وهي التي اختارها في الكتاب فيما مر وعن هذا قال المصنف هناك وهذا في المعتدة عن  
طلاق رجعي رواية واحدة وكذا في المبثوثة في رواية انتهى فتدبر ( قوله والأول أقرب إلى الفقه لأن  
عقد الإجارة لا ينعقد على اتلاف الأعيان مقصودا الخ ) القول الأول اختيار صاحب الخيرة والايضاح  
واختاره المصنف كما ترى والقول الثاني اختيار شمس الأئمة السرخسي حيث قال في المبسوط وزعم  
بعض التاجرين أن المعقود عليه المنفعة وهي القيام بخدمة الصبي وما يحتاج إليه وأما اللبن فتبيع فيه لأن  
اللبن عين والعين لا تستحق بعقد الإجارة كابن الأنعام ثم قال والأصح أن العقد يرد على اللبن لأنه هو المقصود  
وهو منفعة الثدي ومنفعة كل عضو على حسب ما يليق به هكذا ذكره ابن سماعة عن محمد رحمه الله فانه قال  
استحقاق لبن الأمية بعقد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لا يجوز  
استحقاقه بعقد الإجارة انتهى كلامه وتجب صاحب النهاية من اختيار المصنف ما عرض عنه الإمام  
الكبير شمس الأئمة السرخسي بعد أن رأى مثل هذا الدليل الواضح والرواية المنصوصة عن محمد رحمه  
الله ورد عليه صاحب العناية بعد أن روى تعجبه من ذلك حيث قال وهو تقليد صرف لأن الدليل ليس  
بواضح لأن مداره قوله لأنه هو المقصود وهو ممنوع بل المقصود هو الأرضاع وانتظام أمر معاش  
الصبي على وجه خاص يتعلق بأمور ووسائط منها اللبن فجعل العين المرئية منفعة ونقض القاعدة  
الكلية أن عقد الإجارة عقد على اتلاف المنافع مع الغنى عن ذلك بما هو وجه صحيح ليس بواضح ولا يتثبت  
له عيار وى ابن سماعة عن محمد رحمه الله أنه قال استحقاق لبن الأمية بعقد الإجارة دليل على أنه  
لا يجوز بيعه وجواز بيع لبن الأنعام دليل على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة لأنه ليس بظاهر الرواية  
ولئن كان فحق ما منعنا أن يستحق بعقد الإجارة وإنما الكلام في استحقاقه من حيث كونه مقصودا أو  
تبعا وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك إلى هنا كلامه (أقول) خاتمة كلامه ليست بصحيحة إذ في  
كلام محمد ما يدل على أن استحقاقه من حيث كونه مقصودا لا محالة لأنه قال استحقاق لبن الأمية  
بعقد الإجارة دليل على أنه لا يجوز بيعه ولا شك أنه لا دلالة على عدم جواز بيعه إلا بأن يكون استحقاقه  
من حيث كونه مقصودا لا يرى أن الصبي في النوب يستحق بعقد الإجارة تبعا مع أنه مما لا يجوز بيعه  
قطعا ثم إن للشارح العيني ههنا كلمات كثيرة من خرفة ذكرها تقوية لما ذهب إليه شمس الأئمة  
السرخسي وردا على صاحب العناية ما ذكره في رده على صاحب النهاية فإن ذكرنا كلها وبيننا حالها  
الستزما الاطباب بلا طائل ولكن لا علينا أن نذكر نبذاً من أولها وآخرها قال بعد نقل ما في النهاية

على أنه لا يجوز بيعه الخ ) أقول لا بد دليل على كونه من المنافع والبيع يرد على الأعيان دون المنافع ( قوله والعناية  
على أنه لا يجوز استحقاقه بعقد الإجارة ) أقول لأن الأعيان لا تستحق به بل الذي يستحق به انما هو المنافع ( قوله لأنه ليس بظاهر الرواية )  
أقول ناظر إلى قوله ولا يتثبت له ( قوله وليس في كلام محمد ما يدل على شيء من ذلك ) أقول بل يدل على استحقاقه من حيث كونه مقصودا  
لظهور أن استحقاقه تبعا لا يدل على عدم جواز بيعه كافي الصبيغ

واذا ثبت ما ذكرنا) يعني من جواز الاجارة بأحد الطريقين (صحت اذا كانت (١٨٥) الاجرة معلومة اعتبارا باستئجار عبد

واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة قال (وأي يجوز بطعامها وكسوتها استحسانا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال لا يجوز) لان الاجرة مجهولة فصار كما اذا استأجرها للخبز والطبخ ولها ان الجهالة لا تقضي الى المنازعة لان في العادة التوسعة على الاطراف شفقة على الاولاد فصار كبيع قفيز من صبرة بخلاف الخبز والطبخ لان الجهالة فيه تقضي الى المنازعة (وفي الجامع الصغير فان سمي الطعام دراهم ووصف جنس الكسوة وأجلها وذرعها فهو جائز) يعني بالاجماع

والعناية قلت قول شمس الأئمة هو الاقرب الى الفقه لان الاعيان التي تحدث شيئا فشيئا مع بقاء أصلها بمنزلة المنافع فيجوز اجارتها كالعارية لمن ينتفع بالمنافع ثم يرد والعريضة لمن ياكل ثمرة الشجرة ثم يرد والواحدة لمن يشرب لبن الشاة ثم يرد هاتم قال في آخر كلامه وكيف يقول صاحب العناية لما روى ابن سماعة عن محمد بن وهب انه غير ظاهر الرواية وهو من كبار أصحاب محمد وأبي يوسف القاضي وكان من العلماء الكبار الصالحين وكان يصلي كل يوم مائتي ركعة انتهى كلامه (أقول) كل ما قاله في الاول والاخر فاسد أما ما قاله في الاول فلان معنى حدوث المنافع شيئا فشيئا أن لا يكون لها بقاء أصلا بناء على عدم بقاء الاعراض زمانين عند المتكلمين ولا شك أن هذا المعنى ليس بتحقيق في الاعيان فكيف تكون الاعيان بمنزلة المنافع ولو سلم ذلك لم يجز اجارة الاعيان قطعاً حقيقة الاجارة فذلك المنافع بعوض دون تملك الاعيان فان تملك الاعيان بعوض هو البيع لا غير وهذا أمر مقرر عند الفقهاء فاطبة وما ذكره من التنظيرات والتشبيهات مما لا يجدي شيئا أما صورة العارية فلان العين هائلة باقية على حاله وانما الانتفاع بالمنافع فلا مساس لها بالاشئ فيه وأما صورتان الاخرى ان فلان المعنى فيهما وان كان غليسا للعين لكن لا بطريق الاجارة بل بطريق الهبة والعطية فلا فائدة لهما فيما نحن فيه اذ الكلام في أن عقد الاجارة لا يرد على الاعيان لان شيئا من العقود لا يرد عليها وأما ما قاله في الاخر فلان المراد بظاهر الرواية عند الفقهاء رواية الجامعين والزيادات والمبسوط والمراد بغير ظاهر الرواية عندهم رواية غيرها وهذا مع كونه شائعا فيما بينهم مذكور في مواضع شتى قد صرح به الشراح فاطبة حتى ذلك الشارح نفسه أيضا في كتاب الاقرار ولا شك أن مراد صاحب العناية أيضا هو ما بقوله ان ماروي ابن سماعة عن محمد بن وهب بظاهر الرواية أنه ليس من رواية تلك الكتب الاربعة لمحمد بن وهب الله التي هي الرواية المعتبرة اجدا وكون ابن سماعة من كبار العلماء الصالحين مما لا يقدح في ذلك قطعاً وما الشبهة فيه الا من الغفول على اصطلاح الفقهاء في ظاهر الرواية وغير ظاهرها فكأنه نسي ما قدمت يده (قوله واذا ثبت ما ذكرنا يصح اذا كانت الاجرة معلومة اعتبارا بالاستئجار على الخدمة) قال جماعة من الشراح في تفسير قوله ما ذكرنا يعني من جواز الاجارة بأحد الطريقين (أقول) فيه نظراذ لو كان مراد المصنف بقوله ما ذكرنا ما يسم الطريقين لم يسم قوله اعتبارا بالاستئجار على الخدمة لان الاعتبار بالاستئجار على الخدمة أي القياس على ذلك لا يصح على الطريق الثاني فان العقد في الاستئجار على الخدمة يقع على اتلاف المنفعة مقصود الاحالة وفي استئجار الطريق يقع على اتلاف العين مقصودا على موجب الطريق الثاني فكيف يصح اعتبارا أحدهما بالآخر فالحق أن مراده بقوله ما ذكرنا ما اختاره من رجحان الطريق الاول على الطريق الثاني وعن هذا قدم ذكر الكتاب والسنة في اثبات هذه المسئلة وأخذ كمر القياس الى هنا فان اثباتها بالكتاب والسنة متمش على كلا الطريقين فناسب ذكرهما متصلا بأصل المسئلة وأما اثباتها بالقياس فمختص بالطريق الاول فناسب ذكره بعد تفصيل الطريقين وبيان ما هو المختار عنده موافق للقياس فبهذا التحقيق ظهر سقوط السؤال

للخدمة مثلا) فان قيل قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل بخاتمة هذا الكلام قلت أثبت جوازها بالكتاب والسنة أو لا ثم رجعت الى اثباتها بالقياس ويجوز أن يكون توطئة لقوله (ويجوز بطعامها وكسوتها) يعني جازت بأجرة معلومة كسائر الاجارات و بطعامها وكسوتها أيضا (استحسانا عند أبي حنيفة) لان العادة الجارية بالتوسعة على الاطراف شفقة على الاولاد ترفع الجهالة بخلاف ما قاله من غيرهما من الاجارات كالخبز والطبخ وغير ذلك فان الجهالة فيها تقضي الى المنازعة فلا يجوز بطعام الطباخة وكسوتها وذكر رواية الجامع الصغير اشارة الى ما يجعله مجعلا عليه بعرفة الجنس والاجل والمقدار

(قوله واذا ثبت ما ذكرنا يعني من جواز الاجارة بأحد الطريقين الخ) أقول وأعل مراد المصنف هو الاشارة الى ما صححه واختاره من الطريق الاول كما يفهم من المقيس عليه فلي تأمل (قوله ويجوز أن يكون توطئة لقوله ويجوز بطعامها) أقول يابى عن ذلك قوله اعتبارا بالاستئجار على الخدمة فلي تأمل قال

(٢٤ - تكمله سابع) المصنف (وفي اجماع الصغير قال سمي الطعام دراهم) أقول يجوز أن يكون الطعام منصوبا على نزع اثنائض أى لفظه 'م أو المراد بالسمية هو التعيين أى عين الطعام بدراهم وتعديته الى دراهم بنفسه باعتبار معناه الاصلي فتأمل



وُفسر قوله فان سمي الطعام دراهم (١٨٦) (بان يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه) أي مكان المسمى من الدراهم قال صاحب

ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه وهذا الوجه الثاني (ولو سمي الطعام وبين قدره جزأين) لما قلنا ولا يشترط تأجيله لان أوصافها أثمان

وركاكة الجواب للذين ذكرهما صاحب العناية بقوله فان قيل قد علم من أول المسئلة جوازها حيث صدر الحكم فاستدل بخالفته هذا الكلام قلت أثبت جوازها بالكتاب والسنة أولا ثم رجعت الى اثباتها بالقياس انتهى تدبرتهم بقوله ومعنى تسمية الطعام دراهم أن يجعل الاجرة دراهم ثم يدفع الطعام مكانه قال صاحب النهاية وهذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يمكن أن يكون معناه أي سمي الدراهم المقابلة طعامها ثم أعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة وهو حق ولكن لو قدر في كلام المصنف لفظة بدلا بأن يقال أن يجعل الاجرة دراهم بدلا الى ذلك (وهذا) أي جعل الاجرة على هذا الوجه (لأجهالة فقيه وكذا الرسمى الطعام وبين قدره ولا يشترط تأجيله) أي تأجيل الطعام المسمى اجرة (لان أوصافها) أي أوصاف الطعام بتأويل الحنطة (أثمان) أي أوصاف أثمان من وجوبه في الذمة اذا كان دينا والاثمان لا يشترط تأجيله بخلاف ما اذا كان مسلما فانه في السلم مبيع وان كان دينا فاشترط تأجيله بالسنة

قال المصنف (ثم يدفع الطعام مكانه) أقول هذا لا يفهم من عبارة الجامع وإنما يفهم منه أنه سمي بدل الطعام دراهم لا غير تأمل قوله ولكن يمكن أن يكون معناه سمي الدراهم المقابلة بمقابلته طعامها (الخ) أقول بأن يكون المضاف مقدرافي كلام الجامع أن سمي بدل الطعام وهكذا كر أنزلي على الآن التقدير لا بد

النهاية وهذا التفسير الذي ذكره لا يستفاد من ذلك اللفظ ولكن يمكن أن يكون معناه أي سمي الدراهم المقابلة طعامها ثم أعطى الطعام بازاء الدراهم المسماة وهو حق ولكن لو قدر في كلام المصنف لفظة بدلا بأن يقال أن يجعل الاجرة دراهم بدلا الى ذلك (وهذا) أي جعل الاجرة على هذا الوجه (لأجهالة فقيه وكذا الرسمى الطعام وبين قدره ولا يشترط تأجيله) أي تأجيل الطعام المسمى اجرة (لان أوصافها) أي أوصاف الطعام بتأويل الحنطة (أثمان) أي أوصاف أثمان من وجوبه في الذمة اذا كان دينا والاثمان لا يشترط تأجيله بخلاف ما اذا كان مسلما فانه في السلم مبيع وان كان دينا فاشترط تأجيله بالسنة

قال المصنف (ثم يدفع الطعام مكانه) أقول هذا لا يفهم من عبارة الجامع وإنما يفهم منه أنه سمي بدل الطعام دراهم لا غير تأمل قوله ولكن يمكن أن يكون معناه سمي الدراهم المقابلة بمقابلته طعامها (الخ) أقول بأن يكون المضاف مقدرافي كلام الجامع أن سمي بدل الطعام وهكذا كر أنزلي على الآن التقدير لا بد

(ويشترط بيان مكان الإيقاع) إذا كان له جل ومؤنة (عند أبي حنيفة خلافاً له ما وقد مر في البيوع) والباقي ظاهر قال (وليس للمستأجر أن يمنع زوجهما من وطئ الخ) وطء المرأة حق الزوج فلا يتمكن المستأجر من إبطاله ولهذا كان له أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم به أي بعقد الإجارة صيانة لحقه ولفظ الكتاب مطلق يتناول ما إذا كان الزوج عن شينه طؤرة زوجته أو لا وهو الأصح لأنها ان كانت ترضعه في بيت أبيه فله أن يمنعها من الخروج عن منزله وإن كانت ترضعه في بيته فله أن يمنعها من إدخال صبي الغيرة في منزله كما أن للمستأجر أن يمنع الزوج من غشها في منزله بعد الرضا بالعقد لأن المنزل حقه فإن جبت كان لهم أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها لأن لبن الحامل يفسد الصبي فكان الخوف عذراً تفسخ به الإجارة كما لو مرضت (قوله وعليها أن تصلح طعام الصبي لأن العمل) يعني العمل الراجع إلى منفعة الصبي (على الظن) والباقي ظاهر وقوله (وإن أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها لأنهم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فإن هذا الجار وليس بارضاع) دليل ظاهر على ما قدمناه (فإنه إن لم يجب الأجر لاختلاف العمل) لا لانتفاء اللبن ولهذا لو أجز الصبي بلبن الظن في المدة لم تستحق الأجرة فعلم بهذا أن المعقود عليه هو الارضاع والعمل دون العين وهو اللب وقوله (إنه اختلف العمل) يدل من قوله لهذا المعنى وفي بعض النسخ وهو أنه وفي بعضها أنه فان قيل (١٨٧)

أجيب بأنها أجبر خاص على ما يدل عليه لفظ المبسوط قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع فأت أو سرق من حلي الصبي أو ثيابه شيء لم يضمن الظن لأنه بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعه في المدة لا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم بمثل ذلك العمل والاجير الخاص أمين فيما في يده وفيه نظر لأنه قال لأنه بمنزلة الاجير الخاص لا عينه وذكر في الدخيرة ما يدل على أنها يجوز أن تكون خاصة ومشتركة فأنه لو أجزت نفسها القوم آخرين

(ويشترط بيان مكان الإيقاع) عند أبي حنيفة خلافاً له ما وقد ذكرناه في البيوع (وفي الكسوة يشترط بيان الأجل أيضاً مع بيان القدر والجنس) لأنه انما يصير ديناً في الذمة إذا صار مبيعاً وانما يصير مبيعاً عند الأجل كما في السلم قال (وليس للمستأجر أن يمنع زوجهما من وطئها) لأن الوطء حق الزوج فلا يتمكن من إبطال حقه ألا ترى أن له أن يفسخ الإجارة إذا لم يعلم بصيانة لحقه إلا أن المستأجر يمنع عن غشها في منزله لأن المنزل حقه (فإن جبت كان لهم أن يفسخوا الإجارة إذا خافوا على الصبي من لبنها) لأن لبن الحامل يفسد الصبي ولهذا كان لهم أن يفسخوا الإجارة إذا مرضت أيضاً (وعليها أن تصلح طعام الصبي) لأن العمل عليها والحاصل أنه يعتبر فيما أنص عليه العرف في مثل هذا الباب فاجرى به العرف من غسل ثياب الصبي وإصلاح الطعام وغير ذلك فهو على الظن ما الطعام فعلى والد الولد وما ذكر محمد أن الدهن والرياحان على الظن فذلك من عادة أهل الكوفة (وإن أرضعته في المدة بلبن شاة فلا أجر لها) لأنهم تأت بعمل مستحق عليها وهو الارضاع فإن هذا الجار وليس بارضاع وانما يجب الأجر لهذا المعنى أنه اختلف العمل

والحق عندى ان مرجع الضمير هو الطعام وتأويل كونه أجرة في مسئلتنا هذه فالمعنى ان هذه الأجرة أوصافها أوصاف أثمان فلا يشترط تأجيلها بخلاف الكسوة كما سنذكر والعجب ان صاحب العناية بعد ان قال في تفسير قول المصنف ولا يشترط تأجيله أي تأجيله الطعام المسمى أجرة سلك في تأويل تأنيث ضمير أوصافها مسلك سائر الشراح من التأويل بالخطئة وقد عرفت حاله (قوله فان هذا الجار وليس بارضاع) في الصحاح الوجور الدوا ويرى في وسط الفم أي يصب تقول منه وجرت الصبي وأجرته بمعنى اه (أقول) لقائل أن يقول اذا كان هذا الجار ارضاعاً فلا معنى لأن يقول في الكتاب في وضع

لذلك ولم يعلم الأولون فأرضعت كل واحد منهما و فرغت أمه وهذه خبائثها وإلها الأجر كاملاً على القريمين وهذا يدل على أنها تحتملهما فقلنا بأنها تستحق الأجر منهما كلا تشبيهاً بالاجير المشترك وتأنيثها ففعلت نظراً إلى الاجير الخاص

(قوله أجيب بأنها أجبر خاص الخ) أقول ولعل الأولى في الجواب هو أن يقال ان قدم المستأجر ذكر المدة بأن يقول استأجرتك سنة لترضى ولدى هذا يكون خاصاً وان قدم ذكر العمل يكون مشتركاً على قياس ما قيل في استئجار الراعي (قوله وفيه نظر لأنه قال بمنزلة الاجير الخاص) أقول لعل مراد المجيب من دلالة لفظ المبسوط دلالة قوله فان العقد تدور على منافعه الخ وقوله والاجير الخاص أمين فليست أم (قوله وهذا يدل على أنها إلى قوله وتأنيثها ففعلت نظراً إلى الاجير الخاص) أقول وفي النصل الثامن والعشرين من اجازات المحيط البرهاني وليس للراعي اذا كان خاصاً أن يرعى غنم غيره بأجر فلو أنه أجز نفسه من غيره لعمل الراعي ومضى على ذلك فهو ر ولم يعلم الأول به فله الأجر كدلالة على كل واحد منهما ما لا يتصدق بشيء إلا أنه يأثم انتهى وفي البراز به ليس للواحد ان يرعى غنم غيره فان رعى يجب الأجر كاملاً وتأثم ولهذا قالوا الخاص لا يلي أن يؤجر نفسه من آخر في مدتها ولو أجز من آخر فله الأجرة الثانية أيضاً يطيب له الأجر ولا يتصدق به وان كانت منافع بدنه مشغولة بحق الغير انتهى اذا عرفت هذا عرفت ما في كلام الشارح

قال (ومن دفع الى حائك غز لا ينسجه بالنصف فله أجر مثله وكذا اذا استأجر حاراً يحمل طعاماً بغير منه فالاجارة فاسدة ) لانه جعل الاجر بعض ما يخرج من عمله فيصير في معنى قفيز الطحان وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عنه وهو أن يستأجر ثوراً يطحن له حنطة بغير من دقيقه

قال ( ومن دفع الى حائك غز لا ينسجه الخ ) ومن دفع الى حائك غز لا ينسجه بالنصف فالاجارة فاسدة وكذلك اذا استأجر حاراً يحمل طعاماً بغير منه لانه في معنى قفيز الطحان في جعـ لـ الاجرة بعض ما يخرج من عمله وقد نهى النبي صلى الله عليه وسلم عن قفيز الطحان وهو أن يستأجر ثوراً يطحن له حنطة بغير من دقيقه

( قوله وكذلك اذا استأجر حاراً يحمل طعاماً ) أقول من قبيل الحذف والايصال

هذه المسئلة وان أرضعته في المدة بلين شاة بل الطاهر أن يقول وان أو جرة بدل وان أرضعته اللهم الآن يحمل على المشاكلة بما لا يسهل مسألة استئجار الظئر التي وطبقها الارضاع تأمل فان قيل الظئر أجير خاص أو أجير مشترك أجيب بأنها أجير خاص على ما دل عليه لفظ المبسوط فانه قال فيه ولو ضاع الصبي من يدها أو وقع تحت أو سرق من حلي الصبي أو من نيابة شيء لم تضمن الظئر شيئاً لانهم بمنزلة الاجير الخاص فان العقد ورد على منافعتها في المدة لا يرى انه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل والاجير الخاص أمين فيما في يده اهـ ويحتمل أن تكون أجيراً خاصاً وان تكون أجيراً مشتركاً على ما دل عليه لفظ الذخيرة فانه قال فيها وان أجرت الظئر نفسها من قوم آخرين ترضع صبيانهم ولا يعلم بذلك أهلها الاولون حتى يفسدوا هذه الاجارة فأرضعت كل واحد منهما وفرغت فقد أتمت وهذه جنابة منها اولها الاجر كاملاً على الفريقين اهـ وجه الدلالة على احتمالها انها لو كانت أجير وحده من كل وجه لم تستحق الاجر كاملاً وأتمت بما صنعت ولو كانت أجيراً مشتركاً من كل وجه استحققت الاجر كاملاً ولا تأثم فكانت بينهما ما قلنا بأنها تستحق الاجر كاملاً لشبهها بالاجير المشترك وبأنها تأثم لشبهها بأجير الواحد هذا زبدة ما ذكره صاحب النهاية ههنا واقتنى أثره صاحب العناية غير انه اعترض على دلالته لفظ المبسوط على كونها أجيراً خاصاً حيث قال وفيه نظر لانه قال لانها بمنزلة الاجير الخاص لا عينه انتهى ( أقول ) نظره سافط فان المراد بدلالة لفظ المبسوط عليه دلالة قوله فان العقد ورد على منافعتها في المدة وتنويه بقوله ألا يرى أنه ليس لها أن تؤجر نفسها من غيرهم لمثل ذلك العمل فان كلا منهما ما يدل قطعاً على انها أجير خاص لان ورود العدة على المنفعة في المدة وعدم جواز إيجار النفس من غير المستأجر من خواص الاجير الخاص وأما قوله بمنزلة الاجير الخاص فيجوز أن يراد به بمنزلة الاجير الخاص المعروف الذي لا استثناء فيه لاحد وهذا لا ينافي أن تكون هي عين جنس الاجير الخاص ثم ان بعض الفضلاء قال ولعل الاولى في الجواب أن يقال ان قدم المستأجر ذكر المدة بأن يقول استأجرتك سنة لترضعي ولدي هذا تكون خاصاً وان قدم ذكر العمل تكون مشتركة على قياس ما قيل في استئجار الراعي اهـ ( أقول ) ليس ذلك الجواب بتمام اذ يراد عليه أن يقال لو كانت الظئر أجيراً خاصاً على الثبات فيما اذا قدم المستأجر ذكر المدة لما استحققت الاجر كاملاً اذا أجرت نفسها من قوم آخرين لترضع صبيانهم مع انها تستحقه كاملاً على الفريقين ولكن تأثم كإتقائها عن الذخيرة وذكر في سائر المعبرات أيضاً وعن هذا قال في الذخيرة والمحيط البرهاني بعد بيان استحقاقها الاجر كاملاً على الفريقين وهذا لا يشكل اذا قال أبو الصغيرة للظئر استأجرتك لترضعي ولدي هذا سنة بكذا لان الظئر في هذه الصورة أجير مشترك لان الاب أو وقع العدة أولاً على العمل انما يشكل فيما اذا قال لها استأجرتك سنة لترضعي ولدي هذا بكذا لانها أجير وحده في هذه الصورة لانه وقع العدة على المدة أولاً وليس لأجير الواحد أن يؤجر نفسه من آخر واذا أجراً لا يستحق تمام الاجر على المستأجر الاول ويأثم والوجه في ذلك ان أجير الوـ في الرضاع يشبه الاجير المشترك من حيث انه يمكنه ابقاء العمل لكل واحد منهما بتمامه كما في الخياط والقصار ثم لو كانت أجير وحده من كل وجه لم تستحق الاجر كاملاً على الاول وتأثم بما صنعت ولو كانت أجيراً مشتركاً من كل وجه استحققت الاجر كاملاً ولم تأثم فاذا كانت بينهما ما قلنا بأنها تستحق الاجر كاملاً لشبهها بالاجير المشترك وقلنا بأنها تأثم لشبهها بالاجير الواحد اهـ فقد ظهر ان

وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات فان قيل اذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس قلنا لانه في معنائه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومثله لا يترك بالعرف فان قيل لا يترك بل يخص عن الدلالة بعض ما في معنى قفيز الطمان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الثياب لجريان عرفهم بذلك قلت الدلالة لا عموم لها حتى يخص عرف ذلك في موضعه (قوله والمعنى فيه) يعني المعنى الفقهي في عدم جواز ذلك هو (أن المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج أو المحمول لان حصوله بفعل غيره والشخص لا يعد قادرا بقدره غيره) واذا ثبت فساد العقد (١٨٩) كان للحائلك أجر مثله لان

صاحب الثوب استوفى منفعته بقدر فاسد فكان له أجر مثله (وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر) لا المسمى ولا أجر المنزل (لا المستأجر

(قوله لانه معناه من كل وجه) اقول في تقرير الجواب فوعدها بحدودها والظاهر أن يقول نعم يترك به القياس الآن ما نحن فيه ليس بابتا بالقياس بل بدلالة النص وهي لا يترك به (قوله ومثله لا يترك بالعرف) اقول سيجي من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيز الطمان وقال يترك بالعرف كالاستصناع

وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا والمعنى فيه أن المستأجر عاجز عن تسليم الاجر وهو بعض المنسوج أو المحمول اذ حصوله بفعل الاجير فلا يعد هو قادرا بقدره غيره وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر عاجز بتقديم المستأجر كالمدة لا يتم كون الطائر أجير وحده من كل وجه فلا بد من التفصيل واعتبار الشبهين كما ذكر في الذخيرة والمحيط البرهاني واختاره الشراح في الجواب فتصير (قوله وهذا أصل كبير يعرف به فساد كثير من الاجارات لاسيما في ديارنا) قال صاحب العناية فان قيل اذا كان عرف ديارنا على ذلك فهل يترك به القياس قلنا لانه في معنائه من كل وجه فكان ثابتا بدلالة النص ومثله لا يترك بالعرف اه وقال بعض الفضلاء سيجي من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ما يخالف ما ذكره الشارح حيث أطلق القياس على ما في معنى قفيز الطمان وقال يترك بالعرف كالاستصناع فراجع اه (أقول) ما سيجي من المصنف في أوائل كتاب المزارعة ليس بخالف لما ذكره صاحب العناية ههنا فان المصنف بعد ان بين في أوائل كتاب المزارعة ان المزارعة فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله جائزة عند صاحبيه وذكر الدليل من الجانبين قال الا ان التتوي على قولهما حاجة الناس اليها وتظهر وتعامل الامهات بالقياس يترك بالتعامل كافي الاستصناع اه ولا يقتضي ذلك أن يطلق القياس على كل ما في معنى قفيز الطمان بل انما يقتضي أن يطلقه على المزارعة وهي في معنى قفيز الطمان من وجه أي من حيث انها استئجار ببعض ما يخرج من عماله كما ذكر في دليل الامامين على جوازها بخلاف ما نحن فيه فانه في معنى قفيز الطمان من كل وجه لانه استئجار محض ليس فيه شائبة المضاربة فلهذا قيل انه ثابت بدلالة النص دون القياس ولئن سلم مخالفة ما سيجي من المصنف هناك لما ذكره صاحب العناية ههنا فلا ضير فيها لان فيما نحن فيه قولين أحدهما انه ثابت بدلالة النص فلا يترك بالعرف وهو مختار شمس الأئمة السرخسي وثانيهما أنه من حيث القياس فيستترك بالتعامل كالاستصناع وهو مختار شمس الأئمة الحلواني وأستاذ القاضى الامام أبي على التسي كما فصل في المبسوط وغيره وذكر في النهاية ومعرّاج الدراية أيضا ما ذكره صاحب العناية ههنا على ما اختاره شمس الأئمة السرخسي قطعاً وما ذكره المصنف في المزارعة يجوز أن يكون على ما اختاره شمس الأئمة الحلواني وأستاذنا فاذا كان مدار الخلاف بين الكلامين على اختلاف القولين في المسئلة فلا بأس بها (قوله وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر

الطمان بالعرف كما فعل بعض مشايخ بلخ في الثياب لجريان عرفهم بذلك) اقول الحاق بعض المحمول بقفيز الطمان بالدلالة يحمل التام على وكيف القفيز بعد الطمان شيء آخر حتى يملكه الغاصب ولا كذلك الحمل في المحمول قال المصنف (وهذا بخلاف ما اذا استأجره ليحمل نصف طعامه بالنصف الاخر حيث لا يجب له الاجر لان المستأجر مثلك الاجير في الحال) اقول قال العلامة الزيني فيه اشكالان أحدهما أن الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالصحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عيناً أو ديناً على ما بيناه من قبل فكيف يمكنه ههنا من غير تسليم ومن غير شرط التجهيل



ملك الاجير (الاجرة في الحال بالتعجيل) لان تسليم الاجرة بحكم التعجيل يوجب الملك في الاجرة (فصار) حاملا لطعاما (مشترا كما ومن استأجر رجلا لجل طعام مشترك بينهما (١٩٠) لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه) وقوله

ان الاجر في الحال بالتعجيل فصار مشتركا بينهم ما من استأجر رجلا لجل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر انما من جزئية عمله الا وهو عامل لنفسه فيه فلا يتحقق تسليم المعقود عليه

ملك الاجير (الاجرة في الحال بالتعجيل الخ) قال الامام الزيلعي في شرح الكنز بعد ذكر هذه المسئلة مع دليلها ان بوره كما قالوا وفيه اشكالان احدهما ان الاجارة فاسدة والاجرة لا تملك بالصحة منها بالعقد عندنا سواء كانت عينا او دينيا على ما بينا من قبل فكيف ملك ههنا من غير تسليم ومن غير شرط التعجيل والثاني انه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر ينافي في الملك لانه لا يملكه اذا لم يملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأي سبب يملكه اه كلامه (أقول) كل من اشكاليه ساقط أما الاول فلانه لا ريب ان وضع المسئلة فيما اذا سلم الى الاجير كل الطعام كما يقصص عنه قولهم في تعليلها لان المستأجر ملك الاجير في الحال بالتعجيل اذ تعجيل الاجر انما يكون بتسليمه الى الاجير في الحال وقد صرح بذلك في تحرير نفس المسئلة كثير من الثقات منهم صاحب النهاية ومعرّاج الدراية حيث قالان ههنا مسئلتين احدهما ما اذا استأجر رجلا ليجمله كرحضة الى بغداد ليجازيه قيمة نصف الكر والثانية ان يستأجره ليجمله فاسدة ولا جبر أجر مثله ان كان بلغ الى بغداد ليجازيه قيمة نصف الكر والثانية ان يستأجره ليجمله له نصفه الى المكان المعين بنصفه الباقي ودفع اليه كله ولا أجر له ههنا والتي ذكرها في الكتاب بقوله بخلاف ما اذا استأجره ليجمله نصف طعامه بالنصف الاخر هي هذه المسئلة وهي من مسائل اجارات الجامع الكبير اه وأما الثاني فلان المناقاة بين قولهم ملك الاجير في الحال وبين قولهم لا يستحق الاجر ولا يجب الاجر ممنوعة اذ معنى الاول انه يملك الاجير ابتداء بوجوب العقد وتسليم الاجر الى الاجير بالتعجيل ومعنى الثاني انه لا يستحق الاجر لبطان العقد قبل العمل بعد ان ملك الاجير بالتسليم بسبب ان صار شريكا في الطعام قبل ايفاء شيء من المعقود عليه ولا يذهب عليه انه لا تنافي بين هذين المعنيين بل الاول منهما يؤدي الى الثاني ويدل على هذا التوفيق قطعا ما ذكره صاحب النهاية في تعليل هذه المسئلة بتسلا عن الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسي وصدر الاسلام الحميدي حيث قال وأما في المسئلة الثانية وهي ما اذا استأجره ليجمله نصفه الى بغداد بنصفه الباقي ودفع اليه فانما سلمه اليه على سبيل التملك لنصف الكرم من قبل ان يبدل نصف كرم مطلق لان نصف كرم محمول الى بغداد فصار بتسليم الكر اليه مجعلا لاجرة فملكها بنفس القبض واذا ملكه بالتسليم بطل العقد قبل العمل لانه صار شريكا في الكرم قبل ايفاء شيء من المعقود عليه وما قبل التسليم في الاجارة بمنزلة ابتداء العقد فلو ابتداء العقد على العمل في شيء العامل فيه شريك المستأجر بطلت الاجارة فكذلك ههنا واذا بطلت الاجارة لم يجب الاجر كذا في الجامع الكبير لشمس الأئمة السرخسي وصدر الاسلام الحميدي الى هنا لفظ النهاية وبهذا ظهر انه لا حاجة في دفع الاشكال الثاني من ذلك الاشكالين الى ما تعسف فيه بعض الفضلاء حيث قال لعل مرادهم نفي الملك لان وجوده يؤدي الى عدمه وما هو كذلك بقولهم ملك الاجير في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير فربكون تقدر الكلام لو وجب الاجر في الصورة المقروضة لملك الاجير الاجرة في الحال بالتعجيل والثاني باطل اذ حيث يشك فيكون مشتركا بينهم ما في عدم وجوب الاجر وكل لازم يؤدي فرض وجوده الى انتفاء ملزمه وجوده الى انتفاء ملزمه يكون بانسلا فكذلك

بالنصف الاخر اخرج الى مسئلة اخرى ومما تناه اجل هذا الكراية اذ بنده لا يكون شريكا ولكن نفسه لاجارة لكونها في معنى قضير الطمان ويجب أجر المثل لا يجاوز به قيمة نصف الكر والثاني انه قال ملكه في الحال وقوله لا يستحق الاجر ينافي في الملك لانه لا يملكه اذا لم يملكه الا بطريق الاجرة فاذا لم يستحق شيئا فكيف يملكه وبأي سبب يملكه اه انتهى لعل مرادهم نفي الملك لان وجوده يؤدي الى عدمه وما هو كذلك بطل بقولهم ملك الاجير في الحال كلام ورد على سبيل الفرض والتقدير والظاهر ان وضع المسئلة فيما اذا سلم الى الاجير كل الطعام وانما ولي المضاعف ولا ايام فيكون تعبير الكرم لو وجب الاجر في الصورة المقروضة لملك الاجير الاجرة في الحال بالتعجيل والثاني باطل اذ حيث يشك فيكون مشتركا بينهم ما في عدم وجوب الاجر وكل لازم يؤدي فرض وجوده الى انتفاء ملزمه وجوده الى انتفاء ملزمه يكون بانسلا فكذلك

ففيما قل المصنف (ومن استأجر رجلا لجل طعام مشترك بينهما لا يجب الاجر لان ما من جزء يحمله الا وهو عامل لنفسه الخ) أقول فيه بحث فانه في كل جزء عامل لغيره أيضا فلا معنى للحصر واثبات المطالب لا يتوقف عليه الا أن يحمل على المبالغة في التشبيه أي هو كعامل لنفسه وسيجي من الشارح أكمل الدين جواب هذا البحث فراجع به وتأمل فيه

وقوله (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) متصل بقوله وكذا اذا استأجر جارا ليحصل طعاما بغير منه (لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل من المسمى ومن أجر المثل لانه رضى بحد الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كافى الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغاما بلغ عند محمد لان المسمى وهو نصف الحطب (هناك غير معلوم فلم يصح الخط) وأما عند أبي يوسف فلا يجاوز بأجره نصف عن ذلك فانه رضى بنصف المسمى حيث اشترى وهذا اذا احتطب أحدهما وجمع الآخر وأما اذا احتطبا جميعا وجعلا ما فيهما شريكا على السواء قال (ومن استأجر رجلا ليخبره هذه العشرة المختايم الخ) المختايم جمع محتوم وهو الصاع سمي به لانه يحتم أعلاه كي لا يزداد أو ينقص راضية العشرة لى المختايم من باب الخمسة الاثواب على مذهب الكوفيين واليوم منصوب على الظرفية ومن استأجر رجلا ليخبره هذه العشرة المختايم اليوم بدرهم فهو فاسد عند أبي حنيفة وقالاهو جائز ذكره في اجازات المبسوط لانه يجعل المعقود عليه العمل حتى اذا فرغ منه نصف النهار فله الاجر كاملا وان لم يفرغ في اليوم فعليه أن يعمل في الغد لان المعقود عليه هو العمل واذا كان المعقود عليه هو العمل وهو معلوم جاز العقد ويجعل ذكر الوقت للاستحجال لا لتعليق العقد فلكانه استأجره للعمل على أن يفرغ منه (١٩١) في أسرع الاوقات والحق على هذا

مما لا بد منه دفعا للجهالة لتصح العقد ولا يحنيفة أن المعقود عليه مجهول لترده بين امرين كل منهما صالح لذلك لا ذكرا الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكرا العمل يوجب كونه معقودا عليه وليس أحدهما أولى من الآخر والجهالة المنقضية الى النزاع نفسها العقد وهذه كذلك لان نفع المستأجر من الثاني حتى لا يجب الاجر عليه ان تسليم العمل ونفع الاجر في الاول لاستحقاقه تسليم نفسه وان لم يعمل فان مضى اليوم ولم يفرغ من العمل جار أن يطلب

قال (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) لانه لما فسدت الاجارة فالواجب الاقل مما سمي ومن أجر المثل لانه رضى بحد الزيادة وهذا بخلاف ما اذا اشترى كافى الاحتطاب حيث يجب الاجر بالغاما بلغ عند محمد لان المسمى هناك غير معلوم فلم يصح الخط قال (ومن استأجر رجلا ليخبره هذه العشرة المختايم من الدقيق اليوم بدرهم فهو فاسد وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد في اجازات هو جائز لانه يجعل المعقود عليه عملا ويجعل ذكر الوقت للاستحجال تصح العقد فترفع الجهالة وله أن المعقود عليه مجهول لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكرا العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجح ونفع المستأجر في الثاني ونفع الاجر في الاول فيفضي الى المنازعة وعن أبي حنيفة أنه يصح الاجارة اذا قال في اليوم وقد سمي عملا لانه لا طرف فكان المعقود عليه العمل بخلاف قوله اليوم وقد مر مثله في الطلاق

فلا معنى للحصر وانبات المطالب لا يتوقف عليه الا أن يحمل على المبالغة في التشبيه أى هو كعامل نفسه اه (أقول) هذا البحث غير متمشئ رأسا لانه انما يلزم الحصر من كلام المصنف ولو كان معناه الا وهو عامل لنفسه فقط أما اذا كان معناه الا وهو عامل لنفسه كما هو عامل لغيره أيضا فلا حصر فيه فلا معنى لقوله فلا معنى للحصر اذ لم يتعين الحصر فيه فالوجه في غشية البحث ههنا توسيع الدائرة بأن يقال ان كان المراد انه عامل لنفسه فقط فهو ممنوع وان كان المراد انه عامل لنفسه ولغيره فعدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا ينافي استحقاقه على فعله لغيره فلا يتم التقريب وسيأتى تفتحة هذا الكلام فيما بعد ان شاء الله تعالى (قوله لان ذكر الوقت يوجب كون المنفعة معقودا عليها وذكرا العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجح) أقول لقائل أن يقول لم لا يكون تقديم ذكر العمل مرجحا لتكون العمل معقودا عليه كما كان كذلك في مسألة الراعى على ما صرحوا به في معتبرات الاختاوى

الاجير أجره نظرا الى الاول ونعنه المستأجر نظر الى الثاني فأفضى الى النزاع وجعل ذكر الوقت للتجمل نحو كلفاوت الاغراض فقد يكون للتجمل وقد يكون لتكون المنفعة معلومة وطول بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم ذلك درهم وان خطته غدا ذلك نصف درهم فان أبا حنيفة أجاز الشرط الاول وجعل ذكر الوقت للتجمل وبينها وبين ما اذا استأجر رجلا ليخبره قفيزا دقيق على أن يفرغ منه اليوم فان الاجارة فيها جازة الاجماع والفرق بينهما وبين الاول ان دليل المجاز وهو نقصان الاجر لما أخبر فيها صرفة عن حقيقته التي هي التوقيت الى المجاز الذي هو التجمل وليس له في مسئلتنا ما يصرفه عنها ولا يصار الى المجاز

قال المصنف (ولا يجاوز بالاجر قفيزا) أقول قال في النهاية نصب قفيزا على قول من يجز رأسه الفعل الى الجار والمجرور ومع وجود المفعول بدون الجار وهو ضعيف انتهى وفي شرح الرضى أن ذلك مذهب أسكر فبين وبعض استأجر من فزاعه ذلك درهم وذكرا العمل يوجب كونه معقودا عليه ولا ترجح) أقول لم لا يجوز أن يكون تقديم ذكر العمل مرجحا كما قالوا في مسألة الراعى (قوله وطول بالفرق بين مسئلتنا وبين ما اذا قال ان خطته اليوم فذلك درهم) أقول ولا بد من الفرق أيضا بين ما قالوا في مسألة الراعى أنه اذا جتمع المستأجر بين المدة والعمل فالاعتبار لتقديم منهما في كون الاجير خاصا ومشترا كافيا تأمل

وكذلك بينهما وبين الثانية فإن كلمة على فيها معنى الشرط على ما عرفت في موضعه فحيث جعله شرطاً لدل على أن مراده التجهيل بزيادة ما روي عن أبي حنيفة وهو المذکور في الكتاب أنه إذا قال في اليوم صحت الاجارة لانه للطرف والمطرف ولا يستغرق النظر كما مر في الطلاق فكانت تال ان عملت في بعض اليوم وذلك بقيد التجهيل فكان العمل هو المعقود عليه بخلاف قوله اليوم فان المنفعة تستغرق الوقت فتصلح أن تكون معقوداً عليه وتلزم الجهالة قال (ومن استأجر أرضاً على أن يكرها الخ) بين في هذا أن الشرط الذي لا يقتضيه عقد الاجارة وفيه منفعة لاحد المتعاقدين شرط فاسد يفسد به العقد والشرط الذي يقتضيه العقد لا يفسده كما في البيع فان استأجر أرضاً على أن يكرها أو يزرعها أو يسقيها أو يزرعها فهو جائز لان الزراعة تستحق بالعقد ولا تنافي الا بالسقي والكراب فكانا من مقتضياته فذكره لا يوجب الفساد وان شرط أنه يبنها أو يكرى أنها أو يسرقها فهو فاسد لانه ليس من مقتضيات العقد وفيه منفعة لاحد المتعاقدين لبقاء أثره بعد انقضاء المدة وما هذا حاله بوجوب الفساد لان مؤجر الارض يصير مستأجراً منافع الاجير على وجه تبقى بعد المدة فصير صفقتان في صفقة وهو ممنوع عنه وانما قلنا ان ذلك ليس من مقتضيات العقد لان المراد بالتنبيه ان كان ردها مكروبة فلا شك في أنه لا يقتضيه لان الزراعة (١٩٢) لا تتوقف عليه وان كان المراد به أن يكرها مرتين فيجب أن يكون هذا في موضع

قال (ومن استأجر أرضاً على أن يكرها أو يزرعها أو يسقيها أو يزرعها فهو جائز) لان الزراعة مستحقة بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة لانه اذا كان في موضع لا يخرج الارض الربع الا بالكراب مرتين أو كانت تخرج بالكراب مرة الا أن مدة الاجارة كانت ثلاث سنين فانه لا يفسد العقد لان الاول حينئذ من مقتضياته والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة وأما كرى الانهار فقال بعضهم المراد به الجدول لبقاء منفعته في العام القابل ونفاه المصنف وقال بل المراد منها الانهار العظام

تخرج الارض الربع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة لانه اذا كان في موضع لا يخرج الارض الربع الا بالكراب مرتين أو كانت تخرج بالكراب مرة الا أن مدة الاجارة كانت ثلاث سنين فانه لا يفسد العقد لان الاول حينئذ من مقتضياته والثاني ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة وأما كرى الانهار فقال بعضهم المراد به الجدول لبقاء منفعته في العام القابل ونفاه المصنف وقال بل المراد منها الانهار العظام

بلاذ كر خلاف هناك فتأمل (قوله لان مؤجر الارض يصير مستأجراً منافع الاجير الخ) قال بعض الفضلاء هذا دليل آخر على أصل المدعى فالظاهر أن يقال ولان بالواو انتهى (أقول) ليس الامر كما زعمه فان قوله لان مؤجر الارض الخ دليل على قوله وما هذا حاله بوجوب الفساد لا على أصل المدعى فالظاهر ترك الواو كالموقع (قوله وقيل أن يكرها مرتين وهذا في موضع تخرج الارض الربع بالكراب مرة واحدة والمدة سنة واحدة) قال الشراح انما قيدهم بدين القيد أي بالكراب مرة وبكون المدة سنة لانه

هو والصحيح لانه تبقى منفعته في العام القابل دون الاول (واذا استأجر أرضاً ليزرعها بزيادة أخرى لا يجوز أصلاً وكذا اجارة السكى بالسكى والبس بالبس والركوب بالركوب وقال الشافعي هو جائز لان المنافع بمنزلة الاعيان

(قوله وكذلك بينهما وبين الثانية) أقول في المحيط البرهاني في الفصل السادس من الاجارات وفي آخر اجارات الاصل اذا استأجر الرجل وجلا كل شهر بدرهم على أن يطعن له كل يوم قفيزاً الى الليل فهو فاسد كالمسئلة من غير ذلك خلاف فن مشايخنا من قال بهذه المسئلة ثبت رجوعهما الى قول أبي حنيفة اذا لا يتضح الفرق بين هذه المسئلة وبين تلك المسائل ومنهم من قال ما ذكر في هذه المسائل قياس قولهما وما ذكر فيهما تقدم استحسان على قولهما اذا لفرق بين هذه المسئلة وبين تلك المسائل والله أعلم انتهى وأنت خبير بأنه لا بد من الفرق بين هذه المسئلة وبين المسئلة الثانية في الشرح حتى تجوز تلك بالايجاع بخلاف هذه (قوله دل على أن مراده التجهيل) أقول لكونه وصفاً مطلوباً قال المصنف (لان مؤجر الارض يصير مستأجراً منافع الاجير) أقول هذا دليل آخر على أصل المدعى فالظاهر أن يقال ولان بالواو (قوله فانه لا يفسد العقد لان الاول حينئذ من مقتضياته والثاني ليس فيه الخ) أقول وأنت خبير بأن الثاني أيضاً من مقتضيات العقد وقد وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستأجر حيث لا تنافي زراعته الا به (قوله دون الاول) أقول ولئن بقي فكريه من مقتضيات العقد كالكراب بخلاف الانهار العظام

ولهذا جازت الاجارة بدين) أي بأجرة هي دين على المؤجر ولو لم تكن المنافع منزلة الاعيان لكان ذلك ذيناً بدين (ولنا) في ذلك طريقان أحدهما (أن الجنس بانفراد يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة) وقد تقدم بيان أن الجنس بانفراد يحرم النساء ومعنى القوهى تقدم في البيوع (والى هذا) أى الى هذا الطريق (أشار محمد) وهو ما روى ابن سماعة كتب الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة فكتب في جوابه انك أطلت الفكرة فأصابتك الحيرة وجالست الخنائى فكانت منكزلة أما علمت أن السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نساء والخنائى اسم محدث كان ينكر الخوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويقول لا برهان لكم عليها وفيه بحث من وجهين الاول أن النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العقد وتأخير المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثانى أن النساء انما يتصور في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك وفيما نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس بوجود بل بحد ثان شيئاً وأجيب عن الاول بأنهم لما أقدموا على عقد متأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئاً فشيئاً كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط فالحق به دلالة احتياطاً عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة فبالاخرية تكون شبهة الشبهة وليست بحرمة والجواب أن الثابت بالدلالة كالثبات بالعبارة فبالاخرية تثبت شبهة لاشبهتها وعن الثانى بأن الذى لم تصحبه الباء (٩٣) يقام فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكماً وعدم الآخر وتحقيق النساء ويجوز أن نسلط طريقاً آخر وهو أن يقال المدعى ان هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه اما أن يكون موجوداً دون الآخر أو لا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه لا يقال قسمة غير حاضرة بل هو أزان يعتبراً موجودين لان بطلانه قد تقدم

حتى جازت الاجارة بأجرة دين ولا يصدر بدينين ولنا أن الجنس بانفراد يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة والى هذا أشار محمد

إذا شرط أن يكرها مرتين في موضع لا يخرج الأرض الربيع إلا بالكرب مرتين أو كانت تخرج به بالكرب مرة إلا أن مدة الاجارة كانت ثلاث سنين لا يكون هذا الشرط مفسداً للعقد لانه يكون في الاول من مقتضيات العقد وفي الثانى ليس فيه منفعة لصاحب الأرض فيجوز عبارة العذابة والثانى ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة لعدم بقاء أثره بعد المدة وقال بعض الفضلاء وأنت خير بأن الثانى أيضاً من مقتضيات العقد وقوله ليس فيه لاحد المتعاقدين منفعة ممنوع بل فيه نفع للمستأجر حيث لا تتأني زراعة الابنة انتهى (أقول) ليس شئ من شطرى كلامه يسدّد أما شرطه الاول فلانه اذا كانت الأرض تخرج الربيع بالكرب مرة ولكن كانت مدة الاجارة ثلاث سنين كما هو المراد بالثاني فلا شك أن الكرب مرتين في هذه الصورة لا يكون من مقتضيات العقد للقطع بمحصول المقصود بالعقد فيها بالكرب مرة واحدة من غير حاجة الى الكرب مرة أخرى وما حصل المقصود بالعقد به منه كيف يكون من مقتضياته وأما شرطه الثانى فلانه اذا كانت الأرض تخرج الربيع بالكرب مرة فهل يقول العاقل لا تتأني الزراعة هناك إلا بالكرب مرتين حتى يتوهم النفع للمستأجر في اشتراط الكرب مرتين في موضع تخرج الأرض الربيع بالكرب مرة وكانت المدة ثلاث سنين ومن قال من الشراح ليس فيه منفعة لصاحب الأرض فلانما خص صاحب الأرض بالذكر بناء على عدم احتمال النفع فيه أصلاً للمستأجر لانه لا نفعاً فيه والا يستم القريب كما لا يخفى (قوله ولنا أن الجنس بانفراد يحرم النساء عندنا فصار كبيع القوهى بالقوهى نسيئة والى هذا أشار محمد رحمه الله) وهو ما حكى ابن سماعة كتب

(قوله ولهذا جازت الاجارة

بدين أى بأجرة هي دين

(٣٥ - تكمله سابع) على المؤجر) أقول يعنى كان للمستأجر على المؤجر دين فاستأجر منه داراً

بذلك الدين الذى في ذمته (قوله أما علمت ان السكنى بالسكنى) أقول الظاهر أن المضاف مقدراً أى مبادلة السكنى بالسكنى (قوله وأجيب عن الاول بأنهم لما أقدموا على عقد متأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئاً فشيئاً) أقول الانسب أن يقول متأخر مقابل المعقود عليه عنه كما يعلم من جواب البحث الثانى (قوله وعن الثانى بأن الذى لم تصحبه الباء يقام فيه العين مقام المنفعة) أقول فيه شئ فانه اذا أقيم العين مقام المنفعة لم تتحقق المجانسة الحرمة للنساء اذ المجانسة بين العين والمنفعة ووجوده الحكمى لو سلم يورث شبهة في الاطلاق فتتحقق شبهة التشبه تأمل وانما قلت لو سلم لانه يجزى الى مذهب الشافعى ظاهراً (قوله ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها) أقول الضمير في قوله لفقدانها ارجع الى قوله ضرورة (قوله ويجوز أن نسلط طريقاً آخر الخ) أقول فيه بحث (قوله فان كان لزم النساء وهو باطل الخ) أقول هذا لا ينتج الزاماً على الباحث فانه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفساد مستنداً بأن مثله موجود في مبادلة السكنى بالزراعة مثلاً وهو جائز بالاجماع فليتأمل (قوله لا يقال قسمة غير حاضرة لجواز أن يعتبر اموجودين) أقول الاظهر أن يقال في تقرر السؤال انما يستقيم ما ذكرت أن لو انحصر صدق القسم الثانى في عدمها وليس كذلك لجواز أن يكون صدقه بأن يعتبر وجودهما وانما قلنا ان الاظهر لا يظهر وكون لقسمة حاضرة



من بلخ الى محمد بن الحسن في هذه المسئلة وقال لم لا يجوز اجارة سكنى دار بكسنى دار فكتب محمد في جوابه انك اطلت الفكرة فأصابك الخيرة وجالست الخنا في فكانت منك زلة أما علمت أن السكنى بالسكنى كبيع القوهى بالقوهى نساء والخنا في أمم محدث كان يشكر الحوض على ابن سماعة في هذه المسائل ويصول لارهان لكم عليها كذا في شرح الجامع الصغير لفخر الاسلام والفوائد الظهيرية وذكري في عامة شروح هذا الكتاب أيضا قال صاحب العناية في هذا الطريق من الاستدلال بحث من وجهين الاول ان النساء ما يكون عن اشتراط أجل في العتد ونأخر المنفعة فيما نحن فيه ليس كذلك والثاني ان النساء اغمايتهن في مبادلة موجود في الحال بما ليس كذلك وفيه نحن فيه ليس كذلك فان كل واحد منهما ليس بموجود بل يحدثان شيئا فشيئا وأجيب عن الاول بأن ما أقدما على عقد يتأخر المعقود عليه فيه ويحدث شيئا فشيئا كان ذلك أبلغ في وجوب التأخير من المشروط فألحق به دلالة احتياط عن شبهة الحرمة وفيه نظر لان في النساء شبهة الحرمة فبالا لحاق به تكون شبهة شبهة وهي ليست بحرمة والجواب أن الثابت بالدلالة كالثابت بالعبارة فبالا لحاق تثبت شبهة لاشبهتها وعن الثاني بأن الذي تم تصحبه الباه يقيم فيه العين مقام المنفعة ضرورة تحقق المعقود عليه دون ما تصحبه لفقدانها فيه ولزم وجود أحدهما حكما وعدم الآخر وتحقق النساء الى هنا كلامه (أقول) في الجواب عن الوجه الثاني بحث من وجهين الاول انه اذا أقيم العين مقام المنفعة في أحد الطرفين دون الطرف الآخر واعتبر ذلك العين الموجود في الحال معقودا عليه في العقد لا تحقق المجانسة بين البديلين اذ لا مجانسة بين العين والمنفعة فلا يوجد في العقد ما يحرم النساء فلا يتم المطلوب والثاني أن هذا الجواب يناقض الجواب المذكور عن الوجه الاول لان مقتضى هذا الجواب أن يكون المعقود عليه فيما نحن فيه هو العين القائم مقام المنفعة ومقتضى ذلك الجواب أن يكون المعقود عليه فيه هو نفس المنفعة لانها التي تتأخر وتحدث شيئا فشيئا فكان بينهما تدافع فإن قلت المعقود عليه فيه حقيقة نفس المنفعة وحكما العين القائم مقام المنفعة فدار الجواب عن الاول على الحقيقة ومدار الجواب عن الثاني على الحكم فلا تنافي بينهما قلت في جعل الحكم الاول مرتباً على الحقيقة والثاني مرتباً على الحكم دون العكس تحكم بل احتمال لغسار العقد ولم يجعل الامر بالعكس تصحيصاً للعقد حتى يكون أوفق بقاعدة الشرع وهي وجوب تصحيح تصرف العاقل مما يمكن ثم قال صاحب العناية ويجوز أن نسلط طرفاً آخر وهو أن يقال المدعى أن هذه الاجارة فاسدة لان المعقود عليه إما أن يكون موجوداً دون الآخر أو لا فان كان لزم النساء وهو باطل وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه انتهى (أقول) فيه أيضاً بحث لانه أن أراد بالمعقود عليه الذي رده ما هو المعقود عليه حقيقة وهو المنفعة يختار الشق الثاني من التردد ويكون قوله وان لم يكن فكذلك لعدم المعقود عليه غير صحيح لان ما هو المعقود عليه حقيقة معدوم في كل عقد اجارة ولهذا كان القياس بأبي جواز الا انا يجوزناه لحاجة الناس اليه فأقما لداره مثلاً مقام المنفعة في حق اضافة العقد اليه يرتبط بالإيجاب بالقبول كما مر في صدر كتاب الاجارات فلم يكن عدم ما هو المعقود عليه حقيقة مبطلا لعقد الاجارة قطوان أراد بذلك ما هو المعقود عليه حكماً وهو العين القائم مقام المنفعة يختار الشق الاول من التردد ويكون قوله فان كان لزم النساء وهو باطل غير تام لان النساء اغمايتهن لا يبطل عند انحاء الجنس وعلى تقدير أن يجعل المعقود عليه هو العين القائم مقام المنفعة لا تحقق المجانسة بين البديلين كما عرفت فيما مر آنفاً واعتراض بعض الفضلاء على قوله فان كان لزم النساء وهو باطل بوجه آخر حيث قال هذا لا يتجه الزام على الباحث فانه يختار هذا الشق ويمنع استلزامه للفاسد مستنداً بأن مثله موجود في مبادلة السكنى بالزراعة مثلاً وهو جائز بالاجماع فليتلأمل (أقول) هذا في غاية السقوط اذ ليس في مبادلة السكنى بالزراعة مبادلة الشيء

(و) الثاني (أن الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس) لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة (بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة) كالركوب واللبس والزراعة والسكنى (١٩٥) فان قيل اذا اختلف الجنس لزم الكالئ

بالكالئ أجب بأنه يتحقق في الدين والمنفعة ليست بدین وان قيل انتفى المعقود عليه منعناه بقيام العين مقام المنفعة فيقال نصيبه الباء ثم اذا استوفى أحدهما المنافع وجب عليه أجر المثل في ظاهر الرواية لانه استوفى منفعته بحكم عقد فاسد فعليه أجر المثل وروى بشر عن أبي يوسف أنه لا شيء عليه لانه تقوم المنفعة بالتسمية وقد فسدت قال (واذا كان الطعام بين رجلين الخ) واذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو جار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له يعني لا المسمى ولا أجر المثل وقال الشافعي رحمه الله المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعاً عاجلاً وصار كما اذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيه الطعام يعني الطعام المشترك أو عبداً مشتركاً ليخطب الثياب

(قوله يعني الطعام المشترك) أقول وعندي لا حاجة في أتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركاً فإنه لو كان

ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس بخلاف ما اذا اختلف جنس المنفعة قال (واذا كان الطعام بين رجلين فاستأجر أحدهما صاحبه أو جار صاحبه على أن يحمل نصيبه فحمل الطعام كله فلا أجر له) وقال الشافعي له المسمى لان المنفعة عين عنده وبيع العين شائعاً عاجلاً وصار كما اذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام أو عبداً مشتركاً ليخطب له الثياب بجنسه والذي يحرم النساء بانقراده انما هو الجنس لا غير فلا مجال لان يقال لان مثل ما قيل فيما نحن فيه من بطلان النساء موجود في مبادلة السكنى بالزراعة وهذا مع ظهوره جداً كيف خفي على مثله ثم ان الامام الزيلي استشكل أصل الدليل المذكور حيث قال في التبيين وهذا مشكل على القاعدة فإنه لو كان كذلك لما جاز بخلاف الجنس أيضاً لان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس ولان العقد على المنافع يعتد ساعة فساعة على حسب حدوثها على ما بينا من القاعدة فقبل وجودها لا يعتد عليها العقد فاذا وجدت فقد استوفيت فلم يبق ديناً فكيف يتصور فيها التسيئة فعلم بذلك أن الاحتجاج به غير مختص الى هنا كلامه (أقول) كل من وجهى استشكله ساقط أما وجه الاول فلان الدليل المذكور لا يقتضي عدم جواز العقد بخلاف الجنس أيضاً فله ان الدين بالدين لا يجوز وان كان بخلاف الجنس مسلم ولكن ليس في مبادلة المنافع مبادلة الدين بالدين لان المنافع ليست بدین اذ الدين ما ثبت في الذمة والمنافع لا تثبت في الذمة صرح بذلك في النهاية بل عامة الشروح وأما وجه الثاني فلان الانعقاد في العقد على المنافع وان حصل ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع الآن نفس العقد وهو الايجاب والقبول الصادران عن المتعاقدين مع ارتباط أحدهما بالآخر موجود بالفعل وهو علة معاولها الانعقاد وتأخر المعلول عن العلة الشرعية جائز على ما عرف فنعني انعقاد عقد الاجارة ساعة فساعة أن عمل العلة ونفاذها في المحل يحصل ساعة فساعة لأن نفس العقد يكون ساعة فساعة اذ لا شك أن الايجاب والقبول لا يصدران عن المتعاقدين الا مرة واحدة وهذا كما عرفت في صدر كتاب الاجارة فقبل وجود المنافع وان لم يحصل الانعقاد الا أنه يتحقق نفس العقد في أن يتحقق نفس العقد وهو أن صدوره عن المتعاقدين تفتق التسيئة في المنافع قطعاً فيبطل العقد فيه اذا كان البدل ان منفعة واتحد جنسهما كما فيما نحن فيه ويبطل قوله فكيف يتصور فيها التسيئة تبصر ترشد (قوله ولان الاجارة جوزت بخلاف القياس للحاجة ولا حاجة عند اتحاد الجنس) قال الشراح لحصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة انتهى (أقول) للخصم أن يقول لا نسلم اتقاء الحاجة عند اتحاد الجنس ولا حصول مقصوده بما هو له من غير مبادلة اذ لا يخفى أن كثير من الناس قد يحتاج الى سكنى بعض الدور دون بعضها ولا يحصل مقصوده بسكنى بعضها دون بعض لاختلاف المقاصد باختلاف الاماكن بحسب تعدد البلاد بل بحسب تعدد المحال من بلد واحد فكم منهم يحتاج الى السكنى في بلد آخر أو في محلة منه لحصول حوائجه ومهماته في ذلك ولا يحتاج الى السكنى في بلد آخر أو في محلة أخرى من البلد الاول لعدم حصول تلك الحوائج والمهمات هناك اللهم الا أن يقال هذا القدر من الحاجة لا يكفي في ترك القياس وكأنه أسير اليه في الكافي وغيره بأن يقال والحاجة لا تمس عند اتحاد الجنس وانما تمس عند اختلاف الجنس والكمال من باب الفضول والاجارة ما شرعت لابتغاء الفضول انتمى تأمل توقف (قوله وصار كما اذا استأجر داراً مشتركة بينه وبين غيره ليضع فيها الطعام) قال صاحب العناية يعني الطعام المشترك وقال بعض الفضلاء وعندي

للاستأجر خاصة يتوجه الزام الشافعي بأن وضع الطعام فعل حسي والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي بل لا يبعد أن يدعى أن تقييد الطعام بالاشتراك محل فليتأمل

ولنا انه استأجره لعل لا وجود له لان الجمل فعل حسي لا يتصور في الشائع اذا جمل يقع على معين والشائع ليس معين فان قيل اذا جمل الكل فقد جمل البعض لاحالة فيجب الاجر اوجب بان جمل الكل جمل معين وهو ليس بمعقود عليه والاستأجر لعل لا وجود له لا يجوز لعدم المعقود عليه واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر أصلاً وفرق بين هذا واجارة المشاع فانه أيضاً فائدة عنده فان استوفى المنفعة وجب عليه أجر المثل بان هناك تسليم المعقود عليه متمتعاً على الوجه الذي أوجبه العقد فاداً استوفى المنفعة وجب الاجر وأما هنا فانه متمتعاً أصلاً فلا يجب (١٩٦) (قوله بخلاف البيع) جواب عن قياس الشافعي على البيع وذلك (لان

ولنا انه استأجره لعل لا وجود له لان الجمل فعل حسي لا يتصور في الشائع بخلاف البيع لانه تصرف حكمي واذا لم يتصور تسليم المعقود عليه لا يجب الاجر ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملاً لنفسه فلا يتحقق التسليم

لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا فانه لو كان للمستأجر خاصة يتوجه الزام الشافعي بان وضع الطعام فعمل حسي والمستأجر هو النصيب الشائع من الدار ولا يتصور فيه الفعل الحسي انتهى (أقول) ما ذكره في بيان أنه لا حاجة في اتمام الكلام الى جعل الطعام مشتركا كلام خال عن التحصيل لان لفظ الزام في قوله يتوجه الزام الشافعي اما أن يكون مضافاً الى مفعوله أو الى فاعله وعلى الوجهين لا يتم ما ذكره أما على الاول فلان هذه المسئلة المستشهد بها من قبل الشافعي وهي جواز استئجار الدار المشتركة بين المستأجر وغيره لوضع الطعام مما لا مخالفة فيه بيننا وبين الشافعي بل هي مجمع عليها ولهذا ذكرنا في دليله بطريق الاستشهاد علينا فكيف يتوجه الزامنا الشافعي بما يقتضي خلاف ما تقرر عندنا وهذا يصير ذلك الزاماً علينا أيضاً وأما على الثاني فلان المعقود عليه في تلك المسئلة منافع الدار دون العمل وتسليم منافع الدار يتحقق بدون وضع الطعام فلا ضير هناك في أن لا يكون النصيب الشائع محلاً للفعل الحسي بخلاف ما نحن فيه فان المعقود عليه هنا العمل الذي هو الفعل الحسي وهو لا يتصور في الشائع فلم يتصور الزام علينا من الشافعي أصلاً \* ثم أقول الظاهر عندي أيضاً انه لا حاجة ههنا الى تقييد الطعام بكونه مشتركاً كالأهذالم يقيده بذلك سائر الشراح قط لكن لا لما ذكره ذلك القائل بل لان غشية استشهاد الشافعي ظاهراً بالمسئلة المذكورة لا يتوقف على تقييد الطعام بذلك بل يحصل بمجرد اشتراك الدار بين المستأجر وغيره كاشترائك الطعام بينهما في المسئلة التي نحن فيها وكذلك الجواب الذي يأتي من قبلنا عن استشهاد الشافعي بتلك المسئلة لا يختص بصورة تقييد الطعام بذلك بل يتم ويجري على الإطلاق يشهد بذلك كاشترائك المصادق (قوله ولنا انه استأجره لعل لا وجود له لان الجمل فعل حسي لا يتصور في الشائع) قال في العناية اذا جمل يقع على معين والشائع ليس معين وقال فان قيل اذا جمل الكل فقد جمل البعض لاحالة فيجب الاجر اوجب بان جمل الكل جمل معين وهو ليس بمعقود عليه انتهى (أقول) في الجواب تظر وهو ان عدم كون جمل الكل معقوداً عليه لا يجدي شيئاً في دفع السؤال لان حاصل السؤال أن جمل الطعام واقع على معين قطعاً فكان موجوداً وجمل الكل لا يتصور بدون جمل كل جزء منه فقد استلزم وجود جمل الكل وجود جمل كل جزء منه لاحالة ومن جملة الاجزاء نصيب المستأجر فلا بد أن يجب الاجر لجمل ذلك الجزء الذي هو المعقود عليه ولا شك أن عدم كون الكل معقوداً عليه لا يفيده شيئاً في دفع ذلك وانما يكون مفيداً لو كان المقصود من السؤال وجوب الاجر بجمل الكل وليس فليس (قوله ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه فيكون عاملاً لنفسه فلا يتحقق التسليم) قال

البيع تصرف حكمي) أي شرعي والتصرف في الشائع شائع شرطاً كما اذا باع أحد الشريكين نصيبه وقوله (ولان ما من جزء) دليل آخر على المطلوب ووجهه أن حامل الشائع ما يحمل من جزءه الا وهو شريك فيه وكل من جمل شيئاً هو شريك فيه كان عاملاً لنفسه ومن عمل لنفسه لم يستحق أجر على غيره لعدم تحقق التسليم اليه ولقائل أن يقول لا يحصل من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني حق لكن عدم استحقاقه الاجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب أنه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر مخالف للقياس في الحاجة

(قوله اوجب بان جمل الكل جمل معين) أقول في هذا

الجواب تأمل فانه ظاهر ان النصيب الشائع غير خارج عن الكل بل داخل فيه فاذا جمل الكل كان هو مجموعاً ولما هو صاحب ويكون كاجارة المشاع فان الأثر هنا أيضاً متمتعاً بالتسليم على الوجه الذي يقتضيه العقد فينبغي أن يحكم بأجر المثل (قوله بان هناك تسليم المعقود عليه متمتعاً) أقول هذا ناظر لقوله وفرق بين هذا الخ قال المصنف (ولان ما من جزء يحمله الا وهو شريك فيه) أقول الاظهر ما من قفبز أو ما من حصة لان الجزء مطلق على الشائع (قوله ومن عمل لنفسه لم يستحق أجر على غيره) أقول والالزم العوض والعوض في شخص واحد

وهي تندفع بجعله عاملاً لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملاً لنفسه فقط فلم يستحق الأجر وقوله (بخلاف الدار المشتركة) جواب عن قياس الخضم على استئجار الدار المشتركة ووجهه أن المعقود عليه هناك منافع الدار وتسليمها متحقق بدون وضع الطعام فيه فانه اذا تسلّم البيت ولم يضع فيه الطعام أصلاً وجب عليه الأجر بخلاف الحقل فان المعقود عليه هو العمل وتسليمه في الشائع لا يتحقق كما هو وقوله (وبخلاف العقد) جواب عن قياسه على استئجار العبد المشترك ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك تلك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع كافي البيع بخلاف الحقل لأنه فعل حسي فكان الضابط أن كل موضع لا يجب فيه الأجر الا بايقاع عمل في العين المشتركة لا يجب وكل موضع لا يكون كذلك يجب كالدار المشتركة والسفينة المشتركة للحقل الطعام المشترك (ومن استأجر أرضاً ولم يبين أنها للزراعة أو غيرها أو يبين أنها للزراعة ولم يبين ماذا يزرع فيها فالأجرة فاسدة) لجهالة المعقود عليه لان الأرض كما تستأجر للزراعة تستأجر لغيرها كالبناء والغرس (وكذا ما يزرع (٩٧) فيها يختلف فنه ما يضر بالأرض أكثر من غيره)

كالذرة والأرز فان ضررها بها أكثر من ضرر الحنطة والشعير وجهالة المعقود عليه تفسد العقد فان زرعها ومضى الاجل وجب الاجر استحساناً والقياس أن لا يكون له ذلك وهو قول رفر لانه انعقد فاسداً فلا يتقلب جائزاً ووجه الاستحسان أن الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد بنقض الحاكم بوقوع ما وقع فيها من الزرع لان لأجرة عقد يعقد للاستقبال فاذا شاهد المزرع في بعض المدة وعرف أنه ضاراً وليس بضارة تدارفت الجهالة المفضية الى النزاع من ذلك الوقت وارتفاعها من ذلك العقد لان كل جزء منه بمنزلة ابتداءه ولو ارتفعت من الابتداء جاز فكذا ههنا

بخلاف الدار المشتركة لان المعقود عليه هناك المنافع ويتحقق تسليمها بدون وضع الطعام وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع (ومن استأجر أرضاً ولم يذكر أنه يزرعها أو أي شيء يزرعها فالأجرة فاسدة) لان الأرض تستأجر للزراعة وغيرها وكذا ما يزرع فيها يختلف فنه ما يضر بالأرض ما لا يضر بها غيره فلم يكن المعقود عليه معلوماً صاحب العناية ولقائل أن يقول لا يخول من أنه عامل لنفسه فقط أو عامل لنفسه ولغيره والاول ممنوع فانه شريك والثاني حق لكن عدم استحقاقه الأجر على فعله لنفسه لا يستلزم عدمه بالنسبة الى ما وقع لغيره والجواب أنه عامل لنفسه فقط لان عمله لنفسه أصل وموافق للقياس وعمله لغيره ليس بأصل بل بناء على أمر مخالف للقياس في الحاجة وهي تندفع بجعله عاملاً لنفسه لحصول مقصود المستأجر فاعتبر جهة كونه عاملاً لنفسه فقط فلم يستحق الاجر انتهى كلامه (أقول) في الجواب شيء وهو أن قوله وهي تندفع بجعله عاملاً لنفسه لحصول مقصود المستأجر ليس بتمام لانه انما تندفع بجعله عاملاً لنفسه حاجة المستأجر دون حاجة الاجير فان له حاجة الى الأجر كما كان للمستأجر حاجة الى المنفعة وعلى تقدير جبره له عاملاً لنفسه فقط لا تنقضي حاجته بل انما تنقضي حاجة المستأجر فقط والتظاهر ان عقد الأجرة لم يشرع لحاجة المستأجر فقط بل انما شرع لحاجة كل واحد من المتعاقدين واذا لم يجب للاجير العامل فيما نحن فيه أجر لم تندفع الحاجة التي شرع عقد الأجرة لها فلم يتم الجواب وزيف بعض الفضلاء قوله وهي تندفع بجعله عاملاً لنفسه لحصول مقصود المستأجر وجه آخر حيث قال كيف يحصل مقصوده والاجير اذا علم انه لا يعطى له الأجر لا يحمل نصيب المستأجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه انتهى (أقول) ليس هذا بشيء اذ لا يذهب عليه ان وضع مسئلتنا بما اذا حمل الكل ولا شك في حصول مقصود المستأجر فيه واحتمال أن لا يحصل مقصوده في صورة عدم حمل الكل لا يقدح في الكلام المبني على وضع المسئلة كما لا يخفى (قوله وبخلاف العبد لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه وأنه أمر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع) هذا جواب عن قياس الخضم على

وصار كما اذا استأجر الى الدياس مثلاً ثم أسقط الاجل قبل أن يأخذ الناس فيه وكما اذا باع بشرط اختيار الى أربعة أيام ثم أسقط الرابع وكما اذا باع بشرط قبل مجيئه وهذا رد المختلف على المختلف فان زفر لم يقل بذلك أيضاً ولكن لما أثبت ذلك بدليله فيما تقدم ذكره هنا بطريق المبدئي لا يقال ذكر هذه المسئلة تكراراً لانه ذكر في أول باب ما يجوز من الأجرة ويجوز استئجار الاراضى للزراعة ولا يصح العقد حتى يسمى ما يزرع فيها لان ذلك وضع القدرى وهذا وضع الجامع الصغير يشتمل على زيادة فائدة هي قوله

(قوله وهي تندفع بجعله عاملاً لنفسه لحصول مقصود المستأجر) أقول كيف يحصل مقصوده والاجير اذا علم انه لا يعطى له الأجر لا يحمل نصيب المستأجر بل يقاسم ويحمل نصيب نفسه (قوله والملك أمر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع كافي البيع) أقول الخطأطة أمر حسي كيف تنصور من الشائع (قوله ان الجهالة قد ارتفعت قبل تمام العقد لا يتم بنقض الحاكم بل بنفسه من الاصل) (قوله لان كل جزء منه بمنزلة ابتداءه) أقول في دلالة على المدعى تأمل بل فيه نوع مغالطة (قوله لان ذلك وضع القدرى الخ) أقول جواب لقوله لا يقال ذكر هذه المسئلة الخ



(فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى) وهذا استحسان وفي القياس لا يجوز وهو قول زفر لانه وقد فاسد فلا يتقلب جائزا وجه الاستحسان أن الجهة لا ترتفع قبل تمام العقد فينتقل جائزا كما اذا ارتفعت في حالة العقد وصار كما اذا أسقط الاجل المجهول قبل مضيه والخيار الزائد في المدة ومن استأجر جارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمله عليه حمل ما يحمله الناس فنفق في نصف الطريق فلا ضمان عليه)

فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى (ومن استأجر جارا الى بغداد بدرهم ولم يسم ما يحمله عليه فحمل عليه ما يحمله الناس فهلك في نصف الطريق فلا ضمان عليه لان الاجارة وان كانت فاسدة في العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر) لان حكم الناس انما يؤخذ من الجائز اذا لاحكم للفاسد بنفسه لان مباشرة ما مورب نقضه فلا بد وان ياخذ من الصحيح حكمه

استأجر العبد المشترك لكن في ظاهره مخفاء لان عقدا الاجارة تملك المافع بعوض على ماصر في صدر الكتاب ونصيب صاحبه انما هو في عين العبد لا في منافعه لان المافع مما لا تقبل الشركة على ما نصوا عليه فكيف يكون المعقود عليه في استأجر العبد المشترك هو ملك نصيب صاحبه وانما يتصور أن يكون المعقود عليه ذلك في البيع الذي هو تملك العين بعوض وعن هذا ارتكب الشراح تقدير في حل هذا الحل فتال صاحب النهاية لان المعقود عليه انما هو ملك نصيب صاحبه أي منفعة ملك نصيب صاحبه فلما كان ذلك منفعة لا فعلا كالحل في صح ايقاعه في الشائع كما قلنا في الدار المشتركة ان العقد يرد على المنفعة انتهى (أقول) فيه نظر لان قياس الخصم انما هو على استأجر العبد المشترك ليخطئه له الثياب كما صرح به في الكتاب لا الانتفاع به مطلقا فيكون العبد المشترك في تلك الصورة أجيرا مشتركا ولا يكون المعقود عليه هو عمل الخياطة لا المنفعة مطلقا وانما يكون المعقود عليه هو المنفعة مطلقا لو كان العبد أجيرا وحد ذلك ليس بمقيس عليه ولا شأن أن عمل الخياطة فعل حسي كالحل فينبغي ان لا يصح ايقاعه في الشائع كالحل فلم يتم الفرق وقال صاحب العناية وقوله وبخلاف العبد جواب عن قياس الخصم على استأجر العبد المشترك ووجهه أن المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع كافي البيع بخلاف الحل لانه فعل حسي انتهى (أقول) فيه أيضا نظر لانه ان كان مسددا فرقه على أن المعقود عليه في العبد المشترك هو المنفعة وفيما نحن فيه هو الفعل الحسي كما يؤول اليه اتحام المنفعة في قوله يملك منفعة نصيب صاحبه نتيجة عليه ما أوردناه على تقرير صاحب النهاية من أن قياس الخصم على استأجر العبد المشترك على فعل حسي هو عمل الخياطة لا على استأجره على المنفعة فلا يتم الفرق وان كان مسددا فرقه على تحقق ملك المنفعة في استأجر العبد المشترك وكون الملك مما يمكن ايقاعه في الشائع كما يشعر به قوله يملك منفعة نصيب صاحبه بتقديم الملك على المنفعة على عكس ما في النهاية وقوله والملك أمر حكمي يمكن ايقاعه في الشائع كافي البيع رد عليه ان ملك المنفعة يتحقق فيما نحن فيه أيضا لان عقد الاجارة تملك المافع بعوض ففي كل فرد من أفراد الاجارة يملك المستأجر البتة المنفعة التي وقع عليها العقد فينبغي أن يجوز ما نحن فيه أيضا باعتبار ايقاع ملك المنفعة في الشائع لا يقال لم يتحقق ملك المنفعة فيما نحن فيه لبطالان الاجارة فيه بخلاف المقيس عليه لانا نقول بطلان الاجارة فيما نحن فيه أول المسئلة وقد خالف فيها الشافعي واستدل على جواز الاجارة فيه أيضا بوجوه منها قياسه على استأجر العبد المشترك للخياطة فبناء الفرق بينهما على بطلان الاجارة فيما نحن فيه مصادرة على المطلوب وقال صاحب غاية البيان قوله وبخلاف العبد جواب عما قاس عليه فيما اذا استأجر عبد امشتر كالخطيئة له الثياب يعني ان المستأجر للعبد المشترك يملك منفعة نصيب صاحبه والملك أمر حكمي فيمكن اثباته حكما وان لم يكن حسبا بخلاف المتنازع فيه لانه أمر حسي لا يتصور في الشائع لعدم الامتياز حسا اه (أقول) مضمونه مساو في العناية ففيه ما فيه فتأمل في التوجيه (قوله فان زرعها ومضى الاجل فله المسمى) قال صاحب غاية البيان في شرح هذا المقام فان زرعها بعد فاسد العقد للجهالة بتعين ذلك الزرع معقودا عليه وينقلب العقد الى الجواز ويجب

قال المصنف (وفي القياس لا يجوز) أقول قال الكاكي أي لا يجوز العقد أي لا ينتقل جائزا فيجب أجر المثل لا المسمى انتهى وفي شرح الشاهان أي لا يجوز أن يكون له المسمى انتهى فتأمل أنت قال المصنف (وصار كما اذا أسقط الاجل المجهول) أقول قال في النهاية بأن باع أو أجزا الى وقت الحصاد والدياس ثم أسقط ذلك الاجل قبل أن يأخذ الناس بالحصاد انتهى وفي شرح الشاهان والدياس انتهى

لان العين المستأجرة أمانة في يد المستأجر وان كانت الاجرة فاسدة (فان بلغ بغداد فله الاجر المسمى)  
استحسانا على ما ذكرنا في المسئلة الاولى (وان اختصما قبل أن يحمله عليه) وفي المسئلة الاولى قبل  
أن يزرع (نقضت الاجارة) دفعا للفساد اذا الفساد قائم بعد

### باب ضمان الاجير

الاجر المسمى اذا لم يكن ذلك قبل نقض القاضي العقد اء كلامه (أقول) لا معنى لقوله اذا لم يكن  
ذلك قبل نقض القاضي العقد فان ما ذكر من انقلاب العقد الى الجواز ووجوب الاجر المسمى انما يتصور  
اذا كان زرعها قبل نقض القاضي العقد وما اذا لم يكن ذلك قبل نقضه العقد بل كان بعد ذلك فلا مجال  
للا انقلاب الى الجواز لان المنقوض لا يعود الا بالتجديد لاحالة والصواب أن يقال اذا لم يكن ذلك بعد نقض  
القاضي العقد ولعل لفظة قبل في قوله قبل نقض القاضي وقعت سهوا من النامخ الاول يدل لفظة بعد  
ويدل عليه قوله فيما بعد وان زرعها بعد نقض القاضي لا يعود جائزا (قوله وجه الاستحسان ان  
الجهالة ارتفعت قبل تمام العقد في قلب جائزا) قال صاحب العناية في حل قوله قبل تمام العقد  
بنقض الحاكم وتبعه الشارح العيني (أقول) لا ينبغي على الفطن أن جعل العقد تاما بنقض الحاكم  
بما لا تقبله الفطرة السليمة فان العقد يفسخ من الاصل بنقض الحاكم اياه فكيف يتصور أن يتم به وتتمام  
الشيء من آثار بقائه واقتضائه والحق ان المراد بقوله قبل تمام العقد قبل تمام مدة العقد على ما هو  
الشائع من حذف المضاف يدل عليه قوله في وضع المسئلة فان زرعها ومضى الاجل ويرشدا اليه قول  
صاحب الكافي في التعليل ولنا أن المفقود عليه صار معلوما قبل مضي الاجل فيرتفع الفساد اه هذا  
وقال في النهاية ومعراج الدراية فان قيل وان ارتفعت الجهالة بمجرد الزراعة لكن لم يرتفع ما هو الموجب  
للفساد وهو احتمال أن يزرع ما يضر بالارض لجواز أن يكون ما زرعها مضر بالارض فتقع بينهما  
المنازعة بسبب ذلك لان الموجب للفساد في ابتداء العقد كان احتمال ذلك وقد تحقق ذلك فكيف  
ينقلب الى الجواز بتحقيق شيء احتماله مفقود له فقد ولان المفقود عليه اذا كان مجهولا لا يتعين الا  
بتعيينه ما صواعق الاضرار بأحدهما ولا ينفرد أحدهما بالتعيين لما أن العقد قائم بهما فكذا تعيين  
المفقود عليه ينبغي أن يقوم بهما ثم الاستعمال تعيين من أحدهما فلا يصح ذلك وهذا الاشكال هو الذي  
قاله صاحب الفوائد بقوله وفي هذا التعليل اشكال هائل ثم قال قلنا الاصل اجارة العقد عند انتفاء  
المانع لان عقود الانسان تصح بقدر الامكان والمانع الذي فسد العقد باعتباره توقع المنازعة بينهما في  
تعيين المفقود عليه وعند استيفاء أحد النوعين من المنافع يزول هذا التوقع فيجوز هذا العقد انتمى  
ما في النهاية ومعراج الدراية (أقول) في الجواب بحث لان توقع المنازعة بينهما انما يزول عند استيفاء أحد  
النوعين من المنافع اذا لم ينفرد أحدهما باستيفاء ذلك وأما اذا انفرد أحدهما فلا يزول ذلك أصلا وهذا  
مما لا ستر به فالكلام القبيح أنه ان اعتبر في وضع هذه المسئلة علم رب الارض باستعمال المستأجر  
في الارض ورضاه بما عمل فيها فلا يبقه الاشكال المذكور أساوان لم يعتبر فيه ذلك بل انقلب العقد جائزا  
بمجرد استعمال المستأجر فيها ومضى الاجل سواء علم رب الارض بذلك ورضي به أو لا فلا إشكال المذكور  
وارد جدا غير مندفع بالجواب المزبور قطعا والله سبحانه وتعالى أعلم

### باب ضمان الاجير

لمافرغ من ذكر أنواع الاجارة صححها وفاسدها شرع في بيان الضمان لانه من جملة العوارض التي  
تترتب على عقد الاجارة فتحتاج الى بيانه كذا في غاية البيان ويقرب منه ما ذكر في معراج الدراية

(فان بلغ بغداد فله الاجر  
المسمى استحسانا كما مر  
في المسئلة الاولى) وهي  
قوله وجه الاستحسان  
أن الجهالة ارتفعت  
قبل تمام العقد فانه لما  
حل عليه ما يحمله  
الناس من الحمل فقد  
تعيين الحمل وارتفعت  
الجهالة المفضية الى النزاع  
فانقلب الى الجواز ووجب  
المسمى (وان اختصما قبل  
أن يحمله عليه وفي المسئلة  
الاولى قبل أن يزرع  
نقضت الاجارة دفعا  
للفساد لانه قائم بعد والله  
سبحانه وتعالى أعلم)

### باب ضمان الاجير

لمافرغ من بيان أنواع  
الاجارة شرع في بيان  
أحكام بعد الاجارة وهي  
الضمان

### باب ضمان الاجير

(قوله شرع في بيان  
أحكام بعد الاجارة وهي  
الضمان) أقول اطلاق  
الاحكام على الضمان اما  
باعتبار كثرة أفراده أو  
المراد وهي الضمان وجودا  
وعدا

وقال (الاجراء على ضربين الخ) الاجراء جمع اجبر وهو على نوعين اجبر مشترك واجبر خاص والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى فيل وتعرف الاجبر المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل أيضا تعرف دورى لانه لا يعلم من لا يستحقها قبل العمل حتى يعلم الاجبر المشترك فكذلك معرفة المعرفة موقوفة على معرفة المعرفة وهو الدور اجيب بأنه قد علم مما سبق في باب الاجرة حتى يستحق أن بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم تتوقف معرفته على معرفة المعرفة وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد (٣٠٠) لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعريفًا بالمثال وهو صحيح

قال (الاجراء على ضربين اجبر مشترك واجبر خاص فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار)

فقال لما ذكر انواع الاجارة الصحيحة والفاسدة شرع في ضمان الاجبر اه وكل من هذين التقريرين جيد وأما صاحب النهاية فقال لما ذكر أبواب عقود الاجارة صححها وفاسدها ساقط النوبة الى ذكر أحكام بعد عقد الاجارة وهي الضمان فذكرها في هذا الباب اه وتقرب منه ما ذكره صاحب العناية حيث قال لما فرغ من بيان أنواع الاجارة شرع في بيان أحكام بعد الاجارة وهي الضمان اه ولا يخفى على ذي فطنة ما في تقريره من الركاكة حيث فسرا الجمع بالمفرد بقوله سماه الضمان انتهى فان ضمير هي راجع الى الاحكام ولا ريب ان الضمان حكم واحد لا احكام ولما ذاق بعض الفضلاء هذه الشاعة توجه الى توجيهه ذلك فقال اطلاق الاحكام على الضمان اما باعتبار كثرة افراده أو المراد هو الضمان وجودا وعدما اه (أقول) توجيهه الثاني ليس بوجه لان الضمان وجودا وعدما أيضا لا يصلح تفسير الاحكام فان أقل الجمع ثلاثة على القول الصحيح والضمان باعتبار وجوده وعدمه انما يصير اثنين لا غير ثم ان صاحب معراج الدراية قال والاجبر فاعل بمعنى مفاعل من باب أجر وعندهما اسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر اه (أقول) فيه اشكال لان قوله واسم الفاعل منه مؤجر لا مؤاجر يرى مناقضا لقوله والاجبر فاعل بمعنى مفاعل من باب أجر اذ على تقدير أن يكون اسم الفاعل منه مؤجرا لا مؤاجرا يلزم أن يكون الاجبر فاعل بمعنى مفاعل لا بمعنى مفاعل فتأمل ورد عليه الشارح العيني بوجه آخر حيث قال قلت هذا غلط لان فاعل بمعنى فاعل لا يكون الا من الثلاثي وكيف يقول بمعنى مفاعل من باب أجر يعني به من المزيد دليل قوله واسم الفاعل منه مؤجر اه كلامه (أقول) بل الغلط انما هو في كلام نفسه فان الفاعل بمعنى الفاعل كما يكون من الثلاثي يكون من المزيد أيضا وعن هذا قال المحقق الرضى في شرح الكافية وقد جاء فاعل مبالغة مفعول كقوله تعالى عذاب ألم أي مؤلم على رأي وقال وأما الفاعل بمعنى المفاعل كالجليس والحسيب فليس للبالغة فلا يعمل اتفاقا اه وقال الامام المطرزي في المغرب وأما الاجبر فهو مثل الجليس والتدبير في انه فاعل بمعنى مفاعل اه وهذا كله صريح في خلاف ما زعم فكأنه لم يذوق شيئا من العربية (قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل كالصباغ والقصار) قال صاحب العناية والسؤال عن وجه تقديم المشترك على الخاص دورى اه يعني ان السؤال عن وجه التقديم يتوجه على تقدير العكس أيضا أى على تقدير تقديم الخاص على المشترك فلا مرجح سوى الاختيار وقال بعض الفضلاء يعني لو قدم الخاص لتوجه السؤال عن سبب تقديمه على المشترك أيضا لان تقديم كل منهما على الآخر وجهها أما المشترك فلانه بمنزلة العام بالنسبة الى الخاص مع كثرة مباحته وأما الخاص فلانه بمنزلة

المفرد من المركب لكن تقديم المشترك ههنا لان الباب باب ضمان الاجبر وذلك في المشترك فتأمل فان بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك كما لا يخفى وكان لا بد منه (قوله واجيب بأنه قد علم مما سبق الخ) أقول وأنت خبير بأن قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل متكفل لدفع هذا السؤال فانه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل عن استوجره على العمل وأثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة قال المصنف (فالمشترك من لا يستحق الاجرة) أقول ظاهره منقوض بالاجبر المشترك اذ اجعل له الاجر أو شرط التعجيل فيحتاج الى نوع عناية كأن يقال لا يستحق الاجر بالنظر الى كونه اجبرامع قطع النظر عن الامور الخارجية

لكن قوله لان المعقود عليه بنا في ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظرا والحق أن يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله (لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تصرف مستحقة لواحد) بيان لمناسبة التسمية وكأنه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل يسمى بالاجير المشترك لان المعقود عليه الخ ويؤيده قوله (فن هذا الوجه يسمى مشتركوا المتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شئ غالب كالخريق الغالب والعدو المكابر لهما ما روى عن عمر وعلى رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكن العمل الا به) ولا حفظ (فاذا هلك المتاع بسبب كان الاحتراز عنه ممكنا كالغصب والسرقه وترك المستحق عليه تقصير من جهته فيوجب الضمان كالوديعة اذا كانت بأجر) فانهم يقولون انما تصور المسئلة في حاقظ الامتعة بأجر فهلاك الامتعة فانه يضمن وان كان العين عنده امانة (بخلاف ما اذا لم يمكن الاحتراز عنه كالمت غصب أو خرق الغالب وغير ذلك) لانه لا تقصير من جهته ولا في حنيفة أن العين في يده امانة لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك في يده بسبب لا يمكن التعرض عنه لم يضمنه ولو كان العين في يده مضمونا لضمنه وكافي المصنوع) فان قيل الاعتبار ليس بصحيح لان ما نحن فيه الحفظ فيه مستحق وقد فات بما أمكنه التعرض فوجب الضمان والغصب ليس كذلك أجاب بقوله (والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا) وذلك لان العقد وادعى العمل لكونه أجيرا مشتركا والحفظ ليس بمقصود أصلي بل لا فائدة العمل فكان تبعا (ولهذا لا يقابل الاجر) واذا كان تبعا ثابت ضرورة اقامة العمل لم يتعد الى ايجاب الضمان (٢٠١) (بخلاف المودع بأجر لان الحفظ مستحق

عليه مقصودا حتى يقابله الاجر) قال (وماتلف بعمله كخريق الثوب من دقسه الخ) ومانف بعمل الاجير المشترك كخريق الثوب من دقه وزلق الحال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحبل وغرق السفينة بفتح الراهن مدها صاحبها مضمون عليه وقال زفر والشافعي لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا اذا استأجره ليدق الثوب ولم يزد على ذلك ما يدل على السلامة والمطلق

لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تصرف مستحقة لواحد فن هذا الوجه يسمى مشتركا قال (والمتاع امانة في يده ان هلك لم يضمن شيئا عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول زفر ويضمنه عندهما الا من شئ غالب كالخريق الغالب والعدو المكابر) لهما ما روى عن عمر وعلى رضي الله عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ولان الحفظ مستحق عليه اذ لا يمكن العمل الا به فاذا هلك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقه كان التقصير من جهته فيضمنه كالوديعة اذا كانت بأجر بخلاف ما لا يمكن الاحتراز عنه كالمت غصب أو خرق الغالب وغيره لانه لا تقصير من جهته ولا في حنيفة رحمه الله ان العين امانة في يده لان القبض حصل باذنه ولهذا لو هلك بسبب لا يمكن التعرض عنه لم يضمنه ولو كان مضمونا لضمنه كافي المصنوع والحفظ مستحق عليه تبعا لا مقصودا ولهذا لا يقابل الاجر بخلاف المودع بأجر لان الحفظ مستحق عليه مقصودا حتى يقابله الاجر قال (وماتلف بعمله كخريق الثوب من دقه وزلق الحال وانقطاع الحبل الذي يشد به المكاري الحبل وغرق السفينة من مده مضمون عليه) وقال زفر والشافعي رحمه الله لا ضمان عليه لانه امره بالفعل مطلقا فينتظمه بنوعه المعيب والسليم وصار كاجير الواحد ومعين القصار

ههنا لان الباب باب ضمان الاجير وذلك في المشترك فتأمل فان بما ذكره الشارح العيني لم يظهر وجه

(٢٦ - تكمله سابع) ينتظم الفعل بنوعه السليم والمعيب عملا بالاطلاق فصار كالاجير الواحد ومعين القصار

قال المصنف (لان المعقود عليه انما هو العمل) أقول عندي فيه اشارة الى دفع السؤال بان التعريف دورى فان عدم استحقاق الاجر حتى يعمل بكون المعقود عليه العمل فتأمل (قوله لان التعليل على التعريف غير صحيح) أقول يصح ذلك باعتبار الحكم الضمني (قوله وقوله لان المعقود عليه اذا كان العمل الى قوله بيان لمناسبة التسمية) أقول وعندي أنه تعليل للحكم الضمني المستفاد من التعريف وهو أن بعض الاجراء لا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استؤجر على العمل قبله تبطل المساواة هذا هو مراد المصنف الا أن المصنف فرغ على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليتأمل ثم قوله بيان لمناسبة التسمية خبر لقوله لان المعقود عليه الخ (قوله ويؤيده قوله فن هذا الوجه يسمى مشتركا) أقول لا يبعد أن يقال ذلك يؤيد خلافه لاستزاه التكرار قال المصنف (لهما ما روى عن عمر وعلى رضي الله عنهما) أقول قال الزيلعي وبقولهما يفتى اليوم لغير أحوال الناس وبه يحصل صيانة أموالهم انتهى وفي النهاية روى عن عمر وعلى رضي الله تعالى عنهما انهما كانا يضمنان الاجير المشترك ما ضاع على يده وعن علي رضي الله عنه أنه كان لا يضمن القصار والصائغ ونحوهما ولا لاجل اختلاف الصحابة اخيار المتأخرون الفتوى بالصلح على النصف عملا بقول الصحابة رضي الله تعالى عنهم بقدر الامكان انتهى كلام صاحب النهاية قال ابن البرزقي معنى عمل في كل نصف يقول حيث حظ النصف وأوجب الصنفان ثم في مكانه أراد بالصلح مجازة وهو الخط وفي فتاوى قاضخان الفتوى على قول أبي حنيفة رحمه الله



اختيار تقديم المشترك كالاختي وكان لا بد منه الى هنا كلامه (أقول) ما ذكره بقوله لكن تقديم المشترك هنا الخ ليس تاماً أولاً فلا ن معنى باب ضمان الاجير باب ضمان الاجير اثباتاً ونظماً كما أشار اليه نفسه أيضاً في ما قبل بقوله أو المراد هو الضمان وجوداً وعدماً أو لا أي وان لم يكن معناه ذلك بل كان معناه باب اثبات ضمان لزم أن لا يصح عنوان الباب على قول أبي حنيفة أصلاً اذ لا ضمان عنده على أحد من الاجير المشترك والاجير الخاص ون لا يصح ذلك عندهما أيضاً الا في بعض صور من مسائل الاجير المشترك وحده كما سحيط به خبراً وهذا مما لا ينبغي أن يرتكب فإذا كان معنى عنوان الباب ما يعم اثبات الضمان ونفسه كان نسبة الى المشترك والخاص على السواء فلم يتم قوله وذلك في المشترك وأما ثانياً فلا ن الطرفين اذا كانا متساويين لم يحتج هناك الى وجه ترجيح اختيار أحد الطرفين بل لم يتصور هناك ذلك وانما يكون مرجح أحد الطرفين هناك نفس الاختيار لا غير كما أشرنا اليه في تقرير مراد صاحب العناية وقد قرر في العلوم العقلية أن ترجيح أحد المتساويين بالاختيار جائز وانما المحال ترجيح أحدهما من غير مرجح فظهر أن قوله فان بما ذكره الشارح لم يظهر وجه اختيار تقديم المشترك مما لا يفرض تمام ما ذكره وقوله وكان لا بد منه مما لا صحة له نعم يمكن منع تساوي الطرفين فيما نحن فيه لكنه أمر آخر مغاير لما قاله فتدبر وقال صاحب الهاية فان قلت هذا يعني تعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل تعريف يؤلفه الى الدور لان هذا حكم لا يعرفه الا من يعرف الاجير المشترك ثم لو كان عارفاً بالاجير المشترك لا يحتاج الى هذا التعريف ولو لم يكن عارفاً به قبل هذا لا يحصل له تعريف الاجير المشترك لانه يحتاج الى السؤال عن لا يستحق الاجرة حتى يعمل عن هوف لا بد للتعريف أن يقول هو الاجير المشترك وهو عين الدور قلت نعم كذلك الآن هذا تعريف للتعريف عما هو أشهر منه في فهم المتعلمين أو هو تعريف لما لم يذكره بما قد سبق ذكره لانه ذكر قبل هذا استحقاق الاجير بالعمل بقوله أو باستيفاء المعقود عليه في باب الاجر متى يستحق فصار كأنه قال وما عرفته ان الاجير الذي يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك الى هنا كلامه (أقول) في الجواب خلل أما أولاً فلا ن قوله في أول الجواب نعم كذلك اعتراف بلزوم الدور وما يستلزم الدور يتعين فساد ولا يمكن اصلاحه فامعنى قوله بعد ذلك الآن هذا تعريف للتعريف الخ وأما ثانياً فلا ن كون الاجير المشترك خفياً وما ذكره في التعريف أشهر منه ممنوع كيف ولو كان كذلك لما صح الجواب اذا سئل عن لا يستحق الاجرة حتى يعمل عن هو بأنه هو الاجير المشترك وأما ثالثاً فلا ن ان المذكور في باب الاجر متى يستحق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه غير مختص بالاجير المشترك بل هو حكم مشترك بين الاجير المشترك والاجير الخاص فانهم حصروا هناك سبب استحقاق الاجير مطلقاً للاجرة في معان ثلثة هي شرط التجبيل والتجبيل من غير شرط واستيفاء المعقود عليه ولو كان هذا المعنى الثالث مختصاً بالاجير المشترك لزم أن لا يستحق الاجير الخاص الاجرة أصلاً فيما اذا لم يشترط التجبيل ولم يجمل وهو ظاهر البطلان واذا كان المذكور فيما سبق بقوله أو باستيفاء المعقود عليه حكماً عاماً للاجير الخاص أيضاً فكيف يصح أن يقال في توجيه معنى تعريف الاجير المشترك ههنا بما ذكره فصار كأنه قال وما عرفته ان الاجير الذي يستحق الاجر باستيفاء المعقود عليه فهو الاجير المشترك ثم ان صاحب العناية ذكر خلاصة السؤال والجواب المذكورين في النهاية بعبارة أخرى حيث قال قيل وتعريف الاجير المشترك بقوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل أيضاً تعريف دورى لانه لا يعلم من لا يستحق قبل العمل حتى يعلم الاجير المشترك فتكون معرفة المعرف موقوفة على معرفة المعرف وهو الدور وأجيب بأنه قد علم مما سبق في باب الاجر متى يستحق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل فلم تنوَقْ معرفته على معرفة المعرف اه (أقول) أصل الجواب في الجملة كما ترى

ولكن فيه أيضا خلل لانه ان أراد بما علم مما سبق في ذلك الباب ما ذكره ناله بقوله أو باستيفاء المعقود عليه كما صرح به في النهاية برده عليه ما ذكرناه فيما مر آننا من أن ذلك حكم عام للاجبر الخاص أيضا فكيف يتم تعريف الاجبر المشترك بذلك وان أراد به ما ذكره ناله بقوله وليس للقصار والخياط أن يطالب بالاجرة حتى يفرغ من العمل كما يشهر به قوله في تقريره - هذا الجواب قد علم مما سبق ان بعض الاجراء يستحق الاجرة بالعمل حيث زاد فيه البعض يتجه عليه أن المعلوم من ذلك حكم مادة مخصوصة فكيف يحصل بذلك معرفة مطلق من لا يستحق الاجرة حتى يعمل حتى يصلح تعريف المطلق الاجر المشترك فتأمل وقال بعض الفضلاء وأنت خير بأن قول المصنف لان المعقود عليه انما هو العمل أو اثره متكفل لدفع هذا السؤال فانه يعلم به تعريف من لا يستحقها حتى يعمل بمن استوجر على العمل أو اثره فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة انتهى كلامه (أقول) ليس هذا بشئ لان تعريف الاجبر المشترك بمن لا يستحق الاجرة حتى يعمل مما اختاره القدرى وذ كره في مختصره ولم يذ كرمه شيئا آخر يحصل به معرفة من لا يستحقها حتى يعمل والمصنف أيضا ذكره وحده في البداية وانما زاد عليه التعليل المذكور في الهداية والسؤال المزمور انما يتجه على من اكتفى بالتعريف المذكور من غير أن يذ كرمه ما يفيد معرفته وزيادة المصنف شيئا يفيد معرفته كيف تصلح كلام من لم يذ كره ومات قبل ولادة المصنف بسنين كثيرة واذا لم يذ كرمه شيئا يحصل به معرفته فاما ان تحتاج معرفته الى معرفة الاجبر المشترك الذي هو المعروف فيلزم الدور أولا وتحتاج اليها بل حصلت بما هو معلوم ومعهود فيما سبق فلا بد في الجواب من الحوالة عليه فلم يتم قوله فلا يلزم الدور ولا حاجة الى الحوالة نعم عام الحوالة غير مسلم عندنا كما قررنا فيما قبل ولكنه كلام آخر ثم قال ذلك البعض من الفضلاء ظاهر قوله فالمشترك من لا يستحق الاجرة حتى يعمل منقوض بالاجبر المشترك اذا عمل له الاجر أو شرط التجبيل فيحتاج الى نوع عناية كأن يقال لا يستحق الاجر بالنظر الى كونه أجيرا مع قطع النظر عن الامور الخارجية انتهى (أقول) انما يتوهم الانتقاض بذلك ويحتاج الى نوع عناية في دفعه لو كان معنى قوله المذكور المشترك من لا يستحق الاجرة قبل أن يعمل وأما اذا كان معناه المشترك من لا يستحقها بدون العمل أصلا كما يستحقها الاجبر الخاص بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل أصلا على ما سيجي فلا انتقاض بذلك أصلا لأن الاجبر المشترك اذا لم يقع منه العمل أصلا لا يستحق الاجرة حتى لو كان أخذها بطريق التجبيل يلزمه ردها على المستأجر وكأن الامام الزيلى تدارك هذا المعنى حيث قال في شرح قول صاحب الكنز ولا يستحق الاجر حتى يعمل يعني الاجبر المشترك لا يستحق الاجرة الا اذا عمل انتهى فيتبصر ثم ان صاحب العناية قال وقيل قوله من لا يستحق الاجرة حتى يعمل مفرد والتعريف بالمفرد لا يصح عند عامة المحققين واذا انضم الى ذلك قوله كالصباغ والقصار جاز أن يكون تعريفهما بالمثال وهو صحيح ولكن قوله لان المعقود عليه ينافي ذلك لان التعليل على التعريف غير صحيح وقال وفي كونه مفردا لا يصح التعريف به نظروا الحق أن يقال انه من التعريفات اللفظية وقوله لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو اثره كان له أن يعمل للعامة لان منافعه لم تصر مستحقة لواحد بيان لمناسبة التسمية وكأنه قال من لا يستحق الاجرة حتى يعمل يسمى بالاجبر المشترك لان المعقود عليه الخ ويؤيده قوله في هذا الوجه يسمى مشتركا الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء وعندى انه يعنى قوله لان المعقود عليه الخ تعليل للحكم الضمني المستفاد من التعريف وهو أن بعض الاجراء لا يستحق الاجرة قبل العمل لان قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولو استحق من استوجر على العمل قبله تبطل المساواة وهذا هو مراد المصنف الا أن المصنف فرغ على ذلك التعليل قوله فكان له أن يعمل للعامة لبيان مناسبة التسمية فليست أم الى هنا كلامه (أقول) مدار استخراج ذلك البعض ورأيه في هذا المقام على أن تكون عبارة المصنف

ولنا أن الداخل تحت الأذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد مأذوناً فيه بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده ههنا لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة وليست كذلك بل عبارته ههنا لان المعقود عليه اذا كان هو العمل أو أثره كان له أن يعمل للعامة ولا شك أن قوله كان له أن يعمل للعامة ليس بكلام مستقل بل هو جزء الشرط المذكور فيما قبله ومجموع الشرط والجزء داخل في التعليل غير متحمل لغير بيان مناسبة التسمية فالخلق ما قاله صاحب العناية على أنه لو كانت عبارة المصنف ما زعمه ذلك القائل وكان قوله لان المعقود عليه انما هو العمل أو أثره تعليلاً لما ذهب اليه ذلك القائل على ما قررته ذلك القائل لما صح نفي بيع المصنف قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لان مدار ذلك التعليل على ما قررته ذلك القائل أن تكون قضية عقد المعاوضة هي المساواة كما تقدم بيانه ولا ريب أن هذه القضية كما تتحقق فيما اذا كان الاجر مشتركاً كما تتحقق فيما اذا كان الاجر خاصاً ايضاً فلو صح نفي بيع قوله فكان له أن يعمل للعامة على ذلك التعليل لزم جواز أن يعمل الاجر الخاص ايضاً للعامة وليس كذلك قطعاً (قوله ولنا أن الداخل تحت الأذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لانه هو الوسيلة الى الاثر وهو المعقود عليه حقيقة حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر فلم يكن المفسد مأذوناً فيه) أقول في تعليل كون الداخل تحت العقد هو العمل المصلح بما ذكره المصنف قصور لان كون العمل وسيلة الى الاثر انما يتصور في صورة تخريق الثوب من دقة من صور مستثناه هذه دون الصور الثلاثة الباقية منها اذ قد مر في أو آخر باب الاجر متى يستحق أن كل صانع لعمله أثر في العين كالقصار والصباغ فله أن يجبس العين حتى يستوفي الاجر لان المعقود عليه وصف قائم في الثوب فله حق الحبس لاستيفاء البديل كما في البيع وكل صانع ليس لعمله أثر في العين ليس له أن يجبس العين للاجر كالحال والملاح لان المعقود عليه نفس العمل وهو عين قائم في العين فلا يتصور حبسه انتهى فقد تلخص منه أن العمل على نوعين نوع له أثر في العين كعمل الصباغ والقصار ونوع ليس له أثر في العين كعمل الحال والملاح وان المعقود عليه في النوع الاول هو الاثر وهو الوصف القائم في الثوب والمعقود عليه في النوع الثاني نفس العمل لا غير ولا شك أن هاتيك الصور الثلاثة فيما نحن فيه من مسائل الحال والملاح واذا لم يكن لعمل الصانع فيها أثر في العين فكيف يتصور أن يكون له وسيلة الى الاثر وكيف يصح أن يقال فيها الاثر هو المعقود عليه حقيقة وقد صرح فيما مر بأن المعقود عليه هناك نفس العمل وكذا قوله حتى لو حصل بفعل الغير يجب الاجر ليس بمستقيم على اطلاقه اذ قد مر أيضاً في الباب المزبور أنه اذا شرط على الصانع أن يعمل بنفسه فليس له أن يستعمل غيره لان المعقود عليه العمل من محل بعينه فيستحق عنه كالمنفعة في محل بعينه انتهى نعم اذا أطلق العمل فله أن يستأجر من يعمل له كما مر هناك ايضاً فكان الدليل خاصاً والمدعى عام والاولى في التعليل ههنا ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لان الداخل تحت الأذن ما هو الداخل تحت العقد وهو العمل المصلح لان الأذن انما ثبت ضمناً للعقد والعقد انعقد على التسليم لان مطلق عقد المعاوضة يقتضي سلامة المعقود عليه عن العيوب كما مر في البيوع فاذا ثبت ان المعقود عليه العمل السليم ثبت ان المفسد غير معقود عليه فلا يكون مأذوناً فيه كالموصف نوعاً من الدق فجاء بنوع آخر اهـ (قوله بخلاف المعين لانه متبرع فلا يمكن تقييده بالمصلح لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده) قال صاحب العناية وللتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضره لغير من تبرع له اهـ وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك فقال الحكم يدار على دليله

(قوله لانه هو الوسيلة الى الاثر الحاصل في العين من فعله الذي هو المعقود عليه) أقول قوله الذي صفة لا أثر (قوله لانه يمتنع عن التبرع وفيما نحن فيه يعمل بالاجر فأمكن تقييده وللتزم أن يلتزم جواز الامتناع عن التبرع فيما يحصل به المضره لغير من تبرع له)

ولو علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم وبخلاف الاجير الوحد على ما ذكره وقوله (وانقطاع الحبل)  
جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فواجهه ذكره (٣٠٥) من جملة ما تلف بعمله فانه (من قلة اهتمامه

فكان من صنيعه الا أنه لا يضمن به) أي بفعله (بني آدم عن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده لان الواجب ضمان الادعى وأنه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمن العقود لا تتحمل العاقلة قال (واذا استأجر من يحمل له دنانير الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الأجر بحسابه) أما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعنار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه وأما الخيار وان كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الايمان فقوله لانه يمنع عن التبرع بيان لحكمة عدم التضمن اه (أقول) هذا لا يجدي شيئاً لأن صاحب العناية لم يتفكر في الامتناع عن التبرع في صورة حصول المضرة به لغيره من تبرع له بل أراد منع بطء لان ذلك لا يضره على التزام جواز ذلك دفعاً للضرر عن غير المتبرع له فلا فائدة ههنا لحديث جواز كون الحكمة أخص على ان لصاحب العناية أن يقول لا يصلح قوله لانه يمنع عن التبرع بياناً لحكمة عدم التضمن أيضاً فانه اذا جاز التزام امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم تظهر حكمة عدم التضمن بل كان الظاهر حينئذ هو التضمنين كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية ولو علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم اه (أقول) ولقائل أن يقول هنا أيضاً كون التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر الى من تبرع له لا يقتضي جواز ذلك اذا تضمن ضرراً لغيره من تبرع له ألا يرى أنه اذا أخذ أحد ملك الآخرون تبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك انه يلزمه الضمان فلم يلزمه الضمان اذا عمل في ملك المستأجر بغير اذنه وتبرع بالعمل للاجير فقلت بعمله ملك المستأجر فليتنامل (قوله وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه) هذا جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فواجهه ذكره من جملة ما تلف بعمله فأجاب بأنه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول يشكل هذا على ما مر من ان الاجير المشترك لا يضمن ما هلك في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة فانه يجوز أن يقال هناك أيضاً ان الهلاك من قلة اهتمامه حيث لم يحترز عما يمكن الاحتراز عنه فكان من صنيعه فينبغي أن يضمن بالاتفاق ثم أقول يمكن الفرق بأن التفسير هناك في الحفظ وهو مستحق عليه تبعاً لمقصودا كما مر فلا اعتبار له وأما ههنا فالتقصير في نفس العمل الذي هو مستحق عليه مقصودا فله اعتبار وحكم (قوله لان الواجب ضمان الادعى وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية) قال في الكفاية لا يقال ان ضمان بني آدم يجب بالتسبب وقد وجد لان المسبب انما يضمن اذا تعدى وكلاهما فيما اذا لم يوجد التعدى اه (أقول) فيه بحث وهو انه كيف يكون كلاهما فيما اذا لم يوجد التعدى وقد وجب على الاجير المشترك في مسئلتنا هذه ضمان المتاع الهالك بعمله عند أئمتنا الثلاثة ولولا التعدى لما ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله فان الاصل عنده ان المتاع أمانة في يد الاجير ان هلك لم يضمن شيئاً كما مر ووجه التهديد فيما نحن فيه على

وبخلاف اجير الوحد على ما ذكره ان شاء الله تعالى وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه قال (الا أنه لا يضمن به بني آدم عن غرق في السفينة أو سقط من الدابة وان كان بسوقه وقوده) لان الواجب ضمان الادعى وأنه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية ولهذا يجب على العاقلة وضمن العقود لا تتحمل العاقلة قال (واذا استأجر من يحمل له دنانير الفرات فوقع في بعض الطريق فانكسر فان شاء ضمنه قيمته في المكان الذي حمله ولا أجر له وان شاء ضمنه قيمته في الموضع الذي انكسر وأعطاه الأجر بحسابه) أما الضمان فلما قلنا والسقوط بالعنار أو بانقطاع الحبل وكل ذلك من صنيعه وأما الخيار

وان كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الايمان فقوله لانه يمنع عن التبرع بيان لحكمة عدم التضمن اه (أقول) هذا لا يجدي شيئاً لأن صاحب العناية لم يتفكر في الامتناع عن التبرع في صورة حصول المضرة به لغيره من تبرع له بل أراد منع بطء لان ذلك لا يضره على التزام جواز ذلك دفعاً للضرر عن غير المتبرع له فلا فائدة ههنا لحديث جواز كون الحكمة أخص على ان لصاحب العناية أن يقول لا يصلح قوله لانه يمنع عن التبرع بياناً لحكمة عدم التضمن أيضاً فانه اذا جاز التزام امتناعه عن ذلك بناء على دفع الضرر عن الغير لم تظهر حكمة عدم التضمن بل كان الظاهر حينئذ هو التضمنين كما لا يخفى ثم قال صاحب العناية ولو علل بأن التبرع بالعمل بمنزلة الهبة وهي لا تقتضي السلامة كان أسلم اه (أقول) ولقائل أن يقول هنا أيضاً كون التبرع بالعمل بمنزلة الهبة بالنظر الى من تبرع له لا يقتضي جواز ذلك اذا تضمن ضرراً لغيره من تبرع له ألا يرى أنه اذا أخذ أحد ملك الآخرون تبرع به لغيره بطريق الهبة فلا شك انه يلزمه الضمان فلم يلزمه الضمان اذا عمل في ملك المستأجر بغير اذنه وتبرع بالعمل للاجير فقلت بعمله ملك المستأجر فليتنامل (قوله وانقطاع الحبل من قلة اهتمامه فكان من صنيعه) هذا جواب عما عسى أن يقال انقطاع الحبل ليس من صنيع الاجير فواجهه ذكره من جملة ما تلف بعمله فأجاب بأنه من قلة اهتمامه فكان من صنيعه كذا في العناية وغيرها (أقول) لقائل أن يقول يشكل هذا على ما مر من ان الاجير المشترك لا يضمن ما هلك في يده عند أبي حنيفة رحمه الله وان كان الهلاك بسبب يمكن الاحتراز عنه كالغصب والسرقة فانه يجوز أن يقال هناك أيضاً ان الهلاك من قلة اهتمامه حيث لم يحترز عما يمكن الاحتراز عنه فكان من صنيعه فينبغي أن يضمن بالاتفاق ثم أقول يمكن الفرق بأن التفسير هناك في الحفظ وهو مستحق عليه تبعاً لمقصودا كما مر فلا اعتبار له وأما ههنا فالتقصير في نفس العمل الذي هو مستحق عليه مقصودا فله اعتبار وحكم (قوله لان الواجب ضمان الادعى وانه لا يجب بالعقد وانما يجب بالجناية) قال في الكفاية لا يقال ان ضمان بني آدم يجب بالتسبب وقد وجد لان المسبب انما يضمن اذا تعدى وكلاهما فيما اذا لم يوجد التعدى اه (أقول) فيه بحث وهو انه كيف يكون كلاهما فيما اذا لم يوجد التعدى وقد وجب على الاجير المشترك في مسئلتنا هذه ضمان المتاع الهالك بعمله عند أئمتنا الثلاثة ولولا التعدى لما ضمن عند أبي حنيفة رحمه الله فان الاصل عنده ان المتاع أمانة في يد الاجير ان هلك لم يضمن شيئاً كما مر ووجه التهديد فيما نحن فيه على

انكسر لأن المال عنده أمانة في يد الاجير المشترك واذا كان أمانة وجب أن لا يضمن قيمته في المكان الذي حمله منه

أقول الحكم بدار على دليله وان كانت الحكمة أخص كما سبق نظيره في الايمان فقوله لانه يمنع عن التبرع بيان لحكمة عدم التضمن (قوله وهي لا تقتضي السلامة) أقول قال الله تعالى ما على المحسنين من نيل



(فلانه اذا انكسر في الطريق والجل شيء واحد تبين انه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه ومن حيث ان ابتداء العمل حصل باذنه لم يكن تعديا وانما التعدي عند الكسر فيختار أي الجهتين شيئا فان اختار الوجه الثاني فله الاجر بقدر ما استوفى من العمل وان اختار الوجه الاول فلا أجر له لانه ما استوفى أصلا واذ افصد الفصاد أو بزغ البرزخ ولم يتجاوز الموضوع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطف من ذلك وفي الجامع الصغير يبطر بزغ الخ) وانما أعاد روايته لنوع بيان ليس في رواية القدوري وكل منهما يشتمل على نوع من البيان أما في القدوري فلانه ذكر عدم التجاوز عن الموضوع المعتاد ويقيد أنه اذا تجاوز ضمن وأما في الجامع الصغير فلانه بين الاجرة وكون الحجابة بأمر المولى والهلال ويقيد أنها اذا لم تكن بأمره ضمن ووجه ذلك أن الهلاك ليس بمقارن وانما هو بانسراية بعد تسليم العمل والتجاوز عنها غير ممكن لانه أي السراية يبتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم وما هو كذلك مجهول والاحسن ازعن المجهول غير متصور فلم يكن التقييد بالمصلح من العمل لثلاث بقاعد الناس عنه مع مساس الحاجة ولا كذلك دق الثوب ونحوه لان الهلاك مقارن بالذوق قبل أن يخرج العمل من ضمان القصار والتجاوز عنه (٣٠٦) ممكن لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد فان قيل قد علم من

رواية الكنايين أن الحجام اذا ججم العبد باذن مولاه وتجاوز المعتاد وجب عليه الضمان لكن لم يعلم منها قدر الضمان على تقدير الحياة والموت أجب بأن ذلك بحسب قدر التجاوز حتى ان اختلفا اذا ختن فقطع الحشفة فان برئ فعليه ضمان كمال الدية وان مات فعليه نصف بدل نفسه فان قيل هذا يخالف لمجمع مسائل الديان فانه كلما ازداد أثر جنائنه انتقص ضمانه أجب بأن محمدا قال في النوادر انه لما برئ كان عليه ضمان الحشفة وهي عضو مقصود لا مائله في النفس فيتقدر بدله يسد النفس كما في قطع

فلانه اذا انكسر في الطريق والجل شيء واحد تبين أنه وقع تعديا من الابتداء من هذا الوجه وله وجه آخر وهو ان ابتداء العمل حصل باذنه فلم يكن تعديا وانما صار تعديا عند الكسر فيميل الى أي الوجهين شاء وفي الوجه الثاني له الاجر بقدر ما استوفى وفي الوجه الاول لا أجر له لانه ما استوفى أصلا قال (وذا فصد الفصاد أو بزغ البرزخ ولم يتجاوز الموضوع المعتاد فلا ضمان عليه فيما عطف من ذلك وفي الجامع الصغير يبطر بزغ دابة بدائق فنفت أو ججم ججم عبد بأمر مولاه فمات فلا ضمان عليه) وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان ووجهه أنه لا يمكنه التجاوز عن السراية لانه يبتنى على قوة الطباع وضعفها في تحمل الالم فلا يمكن التقييد بالمصلح من العمل ولا كذلك دق الثوب ونحوه مما تقدمناه لان قوة الثوب ورقته تعرف بالاجتهاد فأمكن القول بالتقييد

ما فهم من الدليل المذكور من قبل أنمتناه ومخالفة الاجير لاذن المستأجر حيث أتى بالعمل المفسد مع ان الداخل تحت اذنه انما هو العمل المصلح وسيجي من المصنف التصريح بوقوع التعدي في المسئلة الآتية وهو تطير ما نحن فيه في الاحكام (قوله وفي كل واحد من العبارتين نوع بيان) لانه ذكر في مسئلة القدوري عدم التجاوز عن الموضوع المعتاد حتى انه اذا تجاوز يجب الضمان وذكر في مسئلة الجامع الصغير الاجرة وحجامة العبد بأمر المولى حتى انه اذا لم يكن بأمره يجب الضمان فيجعل المذكور في احدهما مذكورا في الاخرى كذا في النهاية ومعراج الدراية وأحسن من ذلك في البيان عبارة الكفاية فانه قال فيها لان رواية المختصر ناطقة بعدم التجاوز ساكتة عن الاذن ورواية الجامع الصغير فاطقة بالاذن ساكتة عن التجاوز فصار ما نطق به رواية المختصر بياناً لما ساكت عنه رواية الجامع الصغير وما نطق به رواية الجامع الصغير بياناً لما ساكت عنه رواية المختصر فيستفاد بمجموع الروايتين اشتراط عدم التجاوز والاذن لعدم وجوب الضمان حتى اذا عدم أحدهما أو كلاهما يجب الضمان اه وأما صاحب العناية فتال وكل منهما يشتمل على نوع من البيان أما في القدوري فلانه ذكر عدم التجاوز عن

اللسان وأما اذا مات فقد حصل تلف النفس بفعلين أحدهما اذون فيه وهو قطع الجلدة والاخر غير ما ذون فيه الموضوع وهو قطع الحشفة فكان ضامنا نصف بدل النفس لذلك فان قيل التنصيف في البدل يعتمد التساوي في السبب وقد اتفق لان قطع الحشفة أشد افضاء الى التلف من قطع الجلدة لاحالة فكان كقطع اليد مع حرق الرقبة أجب بأن كل واحد يحتمل أن يقع اتلافا وان لا يقع اتلافا والتفاوت غير مضبوط فكان هذا هو الخلاف الحرف فانه لا يحتمل أن لا يقع اتلافا

(قوله فلانه اذا انكسر في الطريق الخ) أقول تعليل لقوله وأما الخيار مع أن القياس الخ (قوله وأما في الجامع الى قوله والهلال) أقول فيه بحث (قوله ويقيد أنها اذا لم تكن بأمره ضمن) أقول لان التخصيص بالذكر في الروايات يقيدني الحكم عما عدا (قوله ووجه ذلك أن الهلاك ليس بمقارن) أقول لا يخفى عليك أن انتفاء المقارنة لا يتوقف عليه تمام الدليل وانما ذكره لزيادة التوضيح فتأمل قال المصنف (لانه يبتنى على قوة الطباع وضعفها) أقول ذكر الضمير لكونها في تأويل أن مع الفعل والمراد لان السراية وجودا وعدمها يبتنى (قوله حتى ان اختلفا اذا ختن فقطع الحشفة) أقول وفي جملة التفريع كلام ثم قوله الحشفة بالخاء المهملة



لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط (٣٠٨) واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على أحد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين قال

باب الاجارة على أحد الشرطين

(واذا قال للخياط ان خطت هذا الثوب فارسيًا فبدرهم وان خطته روميًا فبدرهمين جاز وأى عمل من هذين العملين عمل استحق الاجرة) وكذا اذا قال للصباغ ان صبغته بعصفور فبدرهم وان صبغته بزعفران فبدرهمين وكذا اذا اخبره بين شيئين بأن قال آجرتك هذه الدار شهرًا بخمسة أو هذه الدار الاخرى بعشرة وكذا اذا اخبره بين مسافتين مختلفتين بأن قال آجرتك هذه الدابة الى الكوفة بكذا أو الى واسط بكذا وكذا اذا اخبره بين ثلاثة أشياء وان اخبره بين أربعة أشياء لم يجز والمعتبر في جميع ذلك البيع والجامع دفع الحاجة غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك لان الاجارة يجب بالعمل وعند ذلك يصير المفقود عليه معلوماً وفي البيع يجب الثمن بنفس العقد فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا بآثبات الخيار (ولو قال ان خطته اليوم فبدرهم وان خطته غداً فبنصف درهم فان خاطه اليوم فله درهم وان خاطه غداً فله أجر مثله عند أبي حنيفة لا يجاوز به نصف درهم وفي الجامع الصغير لا ينقص من نصف درهم ولا يزداد على درهم

بأخذ الاما يقدر على حفظه كذا في العناية أخذ من الكافي قال بعض الفضلاء فيه بحث فان حكمها بالضممان انما نشأ من الدليلين المذكورين في الكتاب وما ذكرهنا يدل على أن ذلك لثلاث بقصر الاجراء في الحفظ انتهى (أقول) هذا البحث ساقط جداً اذا تظاهر أن ما ذكرهنا حكمه حكمها بضممان الاجارة المشتركة وما ذكره فيما مر في الكتاب من الوجهين انما هو دليل حكمها بذلك فلا تنافي بينهما أصلاً على أنه لو كان ما ذكرهنا أيضاً دليلاً لاحكامه لم يلزم محذور قط اذ لا تنافي بين ما ذكرهنا وما ذكره فيما مر ولا تعارض فلا مانع عن كون هذا وذلك معاً دليلاً على الحكم

باب الاجارة على أحد الشرطين

لما فرغ من ذكر الاجارة على شرط واحد ذكر في هذا الباب الاجارة على أحد الشرطين لان الواحد قبل الاثنين (قوله غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع وفي الاجارة لا يشترط ذلك الى قوله فتتحقق الجهالة على وجه لا ترتفع المنازعة الا بآثبات الخيار) استشكل صاحب التسهيل هذا الفرق حيث قال أقول الجهالة التي في طرف الاجارة ترتفع كما ذكرنا وأما الجهالة التي في طرف العين المستأجرة في نحو قوله آجرتك هذه الدار سنة بخمسة أو هذه الدار بعشرة فهي ثابتة وهي تفضي الى النزاع في تسليم العين وتسلمه اذا المستأجر يريد هذا والمؤجر يدفع الاخر فيحقق النزاع فينبغي أن لا يصح بدون شرط خيار التعيين انتهى كلامه وأجاب عنه بعض العلماء حيث قال بعد ذلك الاستشكال في صورة أن يكون من عند نفسه ويمكن الجواب بأن يقال ان الثمن يجب في باب البيع بمجرد العقد فلا ترتفع الجهالة المفضية الى النزاع حين وجوب الثمن الا بآثبات الخيار والاخرة في باب الاجارة لا تنجى بمجرد العقد بل بالعمل وعند وجود العمل ترتفع الجهالة لا محالة فلا حاجة الى آثبات الخيار الى هنا كلامه (أقول) ليس هذا الجواب بشيء اذ ليس فيه شيء زائد على ما ذكرنا وفي الفرق ههنا والاشكال المزبور انما يتجلبه بعد ذلك فان الجهالة التي في طرف العين المستأجرة تفضي الى النزاع في تسليم العين وتسليمها فلا يبقى الجحال للعمل نفسه اذا العمل في نحو استئجار الدار انما يتصور بعد تحقق تسليم العين المستأجرة وتسليمها وعند النزاع لا يتحقق ذلك فلا يفيد القول بأن الجهالة ترتفع عند وجود العمل كما لا يخفى فليتامل

(واذا قال للخياط الخ) اذا

قال رجس للخياط ان

خطت هذا الثوب فارسيًا

فلك درهم وان خطته

روميًا فلك درهمان جاز

بالاتفاق وأى العملين عمل

استحق الاجر المسمى له

وكذلك اذا كان التعرید

بين الصبغين أو الدارين

أو الدائبين أو مسافتين

وكذلك اذا كان بين ثلاثة

أشياء اما اذا كان بين أربعة

أشياء فلم يجز والمعتبر في

جميع ذلك البيع والجامع

دفع الحاجة غير أنه لا بد

من اشتراط الخيار في البيع

وفي الاجارة لا يشترط ذلك

لان الاجر انما يجب بالعمل

وعند ذلك يصير المفقود

عليه معلوماً وفي البيع

يجب الثمن بنفس العقد

فتتحقق الجهالة ولا ترتفع

المنازعة الا بآثبات الخيار

واذا قال ان خطته اليوم

فبدرهم وان خطته غداً

فبنصف درهم قال أبو حنيفة

الشرط الاول جائز والثاني

فاسد فان خاطه اليوم فله درهم

وان خاطه غداً فله أجر مثله

باب الاجارة على أحد الشرطين

(قوله اذا قال رجل للخياط

ان خطت هذا الثوب)

أقول فان قيل أليس هذا

تعليقاً والاجارة لا تقبل فلنا

ليس هذا تعليقاً للعقد الاجارة بأمر آخر كأن يقول ان جازي قد آجرتك داري هكذا وهو الذي لا يقبله العقد

أما ذكر العقد بصيغة التعليق فلا مانع منه (قوله غير أنه لا بد من اشتراط الخيار في البيع) أقول يعني خيار التعيين

وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان في أيهما خاط استحق المسمى فيه وقال زفر الشرطان فاسدان لان العمل الواحد قبول بل يبدلين على البدل وذلك يفضي الى الجهالة المفضية الى النزاع وبيان ذلك ما ذكره أن ذكر اليوم للتجيب لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بقوله خطه اليوم بدرهم كان للتجيب لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا وذكر الغد لترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بقوله خطه غدا بنصف درهم كان لترفيه فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان لترفيه كان العقد المضاف الى غدا ثابتا اليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتجيب فيجتمع مع المضاف الى غدا واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على البدل

(٣٠٩)

غدا واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على البدل

فصار كأنه قال خطه بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا

والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين

الاجر للزومه عند العمل كما تقدم وله ما أن ذكر

اليوم للتوقيت لانه حقيقة فكان قوله ان خطه

اليوم فبدرهم مقتصرا على اليوم فبأنقضاء اليوم

لا يبقى العقد الى الغد بل ينقضي بانقضاء الوقت

وذكر الغد للتعلق أي للاضافة لان الاجارة

لا تقبل التعليق لكن تقبل الاضافة الى وقت في

المستقبل فتكون مرادة لكونها حقيقة وانا كان

للاضافة لم يكن العقد ثابتا في الحال فلا يجمع في كل

يوم تسميتان (قوله ولان يوم تسميتان

لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على سبيل البدل فصار كأنه قال خطه بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر

مجهولا وذلك يفضي الى النزاع كذا في الشروح والكافي قال صاحب الغاية بعد ذلك البيان والجواب

أن الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر للزومه عند العمل كما تقدم انتهى (أقول) فيه نظر

لان زوال الجهالة بوقوع العمل انما يتصور اذا لم يجمع في كل يوم تسميتان ومدار دليل زفر على

اجتماعهما في كل يوم كما تبين من قبل فحينئذ لا تزول الجهالة قطعا لان العمل المشروط أمر واحد في أي

يوم يقع يلزم أن يكون في مقابلته بدلان على سبيل البدل فالوجه في الجواب عن دليل زفر منع لزوم

اجتماع التسميتين في كل يوم كما سيفهم من تقرير دليل سائر الاثثة ولهذا لم يتعرض المصنف للجواب عنه

صريحا (قوله وله ما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعلق فلا يجمع في كل يوم تسميتان) قال بعض

العلماء بعد نقل دليلهما هذا عن الهداية وفيه كلام وهو أن الامام جعل اليوم في مسألة أن يستأجر

ليخبره اليوم كذا بنكذ للتجيب هربا عن بطلان العمل على التوقيت فكيف يلتزمان الامر الباطل ههنا

انتهى (أقول) هذا الكلام ظاهر الاندفاع لان الامام حين انما أحصا اليوم ههنا على التوقيت لكون

وقال أبو يوسف ومحمد الشرطان جائزان (قال زفر الشرطان فاسدان لان الخطا شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتجيب وذكر الغد لترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان وله ما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعلق فلا يجمع في كل يوم تسميتان ولان التجيب والتأخير مقصودان منزلة اختلاف النوعين

في دفع أصل الاشكال (قوله وقال زفر الشرطان فاسدان لان الخطا شيء واحد وقد ذكر بمقابلته بدلان على البدل فيكون مجهولا وهذا لان ذكر اليوم للتجيب وذكر الغد لترفيه فيجتمع في كل يوم تسميتان) بيان ذلك ان ذكر اليوم للتجيب لا للتوقيت لانه حال افراد العقد في اليوم بأن قال خطه اليوم بدرهم كان للتجيب لا للتوقيت حتى لو خاطه في الغد استحق الاجر فكذا ههنا وذكر الغد لترفيه لانه حال افراد العقد في الغد بأن قال خطه غدا بنصف درهم كان لترفيه فكذا ههنا اذ ليس لتعداد الشرط أثر في تغييره فيجتمع في كل يوم تسميتان اما في اليوم فلان ذكر الغد اذا كان لترفيه كان العقد المضاف الى غدا ثابتا اليوم مع عقد اليوم واما في الغد فلان العقد المنعقد في اليوم باق لان ذكر اليوم للتجيب فيجتمع مع المضاف الى غدا واذا اجتمع في كل واحد منهما تسميتان لزم مقابلة العمل الواحد ببدلين على سبيل البدل فصار كأنه قال خطه بدرهم أو بنصف درهم وهو باطل لكون الاجر مجهولا وذلك يفضي الى النزاع كذا في الشروح والكافي قال صاحب الغاية بعد ذلك البيان والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل فان به يتعين الاجر للزومه عند العمل كما تقدم انتهى (أقول) فيه نظر لان زوال الجهالة بوقوع العمل انما يتصور اذا لم يجمع في كل يوم تسميتان ومدار دليل زفر على اجتماعهما في كل يوم كما تبين من قبل فحينئذ لا تزول الجهالة قطعا لان العمل المشروط أمر واحد في أي يوم يقع يلزم أن يكون في مقابلته بدلان على سبيل البدل فالوجه في الجواب عن دليل زفر منع لزوم اجتماع التسميتين في كل يوم كما سيفهم من تقرير دليل سائر الاثثة ولهذا لم يتعرض المصنف للجواب عنه صريحا (قوله وله ما أن ذكر اليوم للتأقيت وذكر الغد للتعلق فلا يجمع في كل يوم تسميتان) قال بعض العلماء بعد نقل دليلهما هذا عن الهداية وفيه كلام وهو أن الامام جعل اليوم في مسألة أن يستأجر ليخبره اليوم كذا بنكذ للتجيب هربا عن بطلان العمل على التوقيت فكيف يلتزمان الامر الباطل ههنا انتهى (أقول) هذا الكلام ظاهر الاندفاع لان الامام حين انما أحصا اليوم ههنا على التوقيت لكون

(٣٧ - تسكمه سابع)

التعجيل والتأخير مقصود دليل آخر لهما ومعناه أن المعقود عليه واحد

وهو العمل ولكن بصفة خاصة فيكون مراده التعجيل لبعض أغراضه في اليوم من العمل والبيع زيادة فائدة فيفوت ذلك ويكون التأجيل مقصودا فصار باختلاف الغرض كالتعجيل من العمل كإتيان الخطا الفارسية والرومية

(قوله والجواب أن الجهالة تزول بوقوع العمل) أقول فيه بحث اذ لا تزول الجهالة بوقوع العمل فيما نحن فيه لاجتماع التسميتين في كل يوم فالاولى هو التعريض لمقدمات دليله ومنع اجتماعهما في كل يوم (قوله كما تقدم) أقول أنفا (قوله فتكون مرادة لكونها حقيقة) أقول فيه شيء بل حقيقة التعليق لكان ان وجوابه ظاهر فانه قال ذكر الغد للاضافة وهي حقيقة ودخول ان بعد التقييد بالغد (قوله فيكون مراده التعجيل) أقول لا يال هذا بخلاف لما قاله أنفا من أن ذكر اليوم للتأقيت لانه ليس معنى كلامه أن التعجيل معنى مراد بذكر اليوم بل انه لازم من لوازم معناه فتأمل ويجوز أن يحمل الكلام على الالتزام



(ولابى حنيفة أن ذكر الغدلة لتعليق حقيقة) أى للاضافة ويجوز أن يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو لخط النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغدلة لتعليق أى لتعليق الخط بالتأخير وهو يقبل التأخير واذا كانت الحقيقة يمكن العمل بها لا يجوز والمصير الى المجاز واذا كان للاضافة لا تجتمع تسميتان في اليوم ( ولا يمكن حمل اليوم على حقيقة التي هي التأقيت لان فيه فساد للعقد لاجتماع الوقت والعمل ) فاننا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى ذكر ( ٢١٠ ) اليوم كان أجير وحدوهما متساويان لتساوي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب

ولابى حنيفة أن ذكر الغدلة لتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد للعقد لاجتماع الوقت والعمل

التوقيت حقيقة وعدم تحقق الصارف عنها الى المجاز عندهما كما صرح به في الكافي والشروح وانما جعلنا اليوم في مسألة الخبز للتجمل لتحقيق الصارف عن الحقيقة الى المجاز هناك وهو يصح العقدان الاصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن وانما يمكن هناك يجعل اليوم للتجمل فلا منافاة بين المقامين على أصلهما واقد أفصح عما ذكرنا تاج الشريعة حيث قال فان قلت قد جعلنا ذكر اليوم في مسألة خبز الختام لتجمل فإلهام لم يجعل كذلك فهناك جعلنا على المجاز تصحيح العقد وهما جعلنا على الحقيقة لتصحيح أيضا اذ لو عكس الامر في الفصلين يلزم ابطال ما قصد العاقدان من صحة العقد والاصل تصحيح تصرف العاقل ما أمكن انتهى كلامه ( قوله ولابى حنيفة أن ذكر الغدلة لتعليق حقيقة ) ومراعاة بالتعليق الاضافة أى للاضافة حقيقة لان الاجارة لا تقبل التعليق ولكن تقبل الاضافة الى وقت المستقبل فتكون مرادة كذا رأى عامة الشراح حتى قال بعضهم ولهذا ذكر في بعض النسخ ذكر الغد للاضافة وقال صاحب العناية بعد تفسير التعليق هنا بالاضافة ويجوز أن يقال عبر عن الاضافة بالتعليق اشارة الى أن النصف في الغد ليس بتسمية جديدة لان التسمية الاولى باقية وانما هو لخط النصف الآخر بالتأخير فيكون معناه ذكر الغدلة لتعليق أى لتعليق الخط بالتأخير وهو يقبل التأخير الى هنا كلامه ( أقول ) فيه بحث اذ لو لم يكن النصف في الغد تسمية جديدة بل كان ذكر الغد مجرد تعليق خط النصف الآخر بالتأخير لما صح قول أبى حنيفة رحمه الله تعالى يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصح الاول وبفسد الثاني اذ على ذلك التقدير لا يكون في الغد التسمية واحدة هي التسمية الاولى ولكن يحط نصف المسمى بالتأخير فتجوز ذلك المعنى ههنا فسادا لدليل أبى حنيفة بل لدعائه أيضا كما أنه اعترض بما ذكره صاحب غاية البيان فانه قال في شرح قول المصنف وذكر الغد لتعليق أثناء تقرير دليل الامام من المراد من التعليق الاضافة لان تعليق الاجارة لا يجوز وقال أو نقول المراد به تعليق خط النصف بالتأخير الى الغد وذلك جائز لا تعليق الاجارة انتهى ولكن لا يخفى على الفطن أن تجوز ذلك المعنى أثناء تقرير دليل الامام لا يستلزم محذورا يستلزمه تجوز أثناء تقرير دليل أبى حنيفة فانه ما يقول لا يجتمع في كل يوم تسميتان فلا ينافيه تجوز ذلك بخلاف قول أبى حنيفة كما عرفت ( قوله ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد للعقد لاجتماع الوقت والعمل ) فاننا اذا نظرنا الى ذكر العمل كان الاجير مشتركا واذا نظرنا الى ذكر اليوم كان أجير وحدوهما متساويان لتساوي لوازمهما فان ذكر العمل يوجب عدم وجوب الاجرة مالم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المسدة وتساوي اللوازم يدل على تنافي

عدم وجوب الاجرة مالم يعمل وذكر الوقت يوجب وجوبها عند تسليم النفس في المسدة وتساوي اللوازم يدل على تنافي اللوازم

قال المصنف ( ولابى حنيفة أن ذكر الغدلة لتعليق حقيقة ولا يمكن حمل اليوم على التأقيت لان فيه فساد للعقد لاجتماع الوقت والعمل ) ظهر لك ضعف ما ذكره صاحب العناية فان صاحب الهداية جعل مناط امتناع حمل اليوم على حقيقة أنه على التوقيت لزوم فساد العقد ومنه به هم أنه حمل على مجاز له هذا المنطاد القرينة المانعة عن ارادة الحقيقة في صورته ين المجاز كافي في الحمل على المجاز على ما عرفت نعم لو جعل المنطاد من أول الامر ما ذكره صاحب الكافي حيث قال لانه زاد

في الاجر متى خاط في اليوم ونقص متى آخر وهو دليل أن اليوم للتجمل لا للتوقيت لاستقام الكلام من غير رتبة اللوازم ولكن على ما ذكره في الهداية ان الفرق مشكل على ما لا يخفى وثبوت الفرق من وجه آخر لا يفيد فناء مل وفي كتاب الصرف في مسألة بيع السيف المحلى تفصيل متعلق بالمقام خصوصا في شرح ابن الهمام ( قوله لان التسمية الاولى باقية وانما هو لخط النصف الآخر الخ ) أقول فنأمل كيف اجتمع حينئذ في الغد التسميتان حتى يفسد ( قوله وهو يقبل التأخير ) أقول كان الظاهر أن يقول وهو يقبل التعليق كما لا يخفى ولكنه ليس كذلك لما فيه من شبهة التماثل على ما مر مرارا

وإذا كان عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت إلى المجاز الذي هو التجهيل (وحيثما تجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصنع الأول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب أجرة المثل) ولقاتل أن يقول في جعل اليوم للتجهيل صحة الاجارة الاولى وفساد الثانية وفي جعله للتوقيت فساد الاولى وصحة الثانية ولا رجحان لاحدهما على الآخر فكان محكما والجواب ان فساد الاجارة الثانية يلزم في ضمن صحة الاولى والضمينات غير معتبرة واستشكل على قول أبي حنيفة بمسألة الخاتيم (٢١١) فانه جعل فيها ذكر اليوم للتأقيت وأفسد

العقد وهما التجهيل وصحة  
وأوجب بما ذكرنا أن ذكر  
اليوم للتأقيت حقيقة لا يترك  
إذا لم يمنع عن ذلك مانع كما نحن  
فيه فان الحمل على الحقيقة  
مفسد للعقد فنعنا ذلك  
عن الحمل عليه وقام الدليل  
على المجاز وهو نقصان الاجر  
للتأخير بخلاف حالة الانفراد  
فانه لا دليل له على المجاز فكان  
التأقيت مراداً وفسد العقد  
ورداً دليل المجاز قائم به  
وهو تصحج العقد على تقدير  
التجهيل فيكون مراداً نظراً  
إلى ظاهر الحال والجواب أن  
الجواز بظاهر الحال في حيز  
التزاع فلا بد من دليل زائد  
على ذلك وليس بوجود  
بخلاف ما نحن فيه فان  
نقصان الاجر دليل زائد على  
الجواز بظاهر الحال ومما  
ذكرنا علم أن قياس زفر  
حالة الاجتماع بحالة الانفراد  
فاسد لوجود الفارق وإذا  
وجب أجر المثل ففسد  
اختلفت الرواية عن أبي  
حنيفة إذا خاطه في اليوم  
الثاني روى عنه أنه في  
اليوم الثاني أجر مثله لا يجاوز  
به نصف درهم لانه هو المسمى  
في اليوم الثاني قال انه دوري  
رجه الله هي الصحة

وإذا كان كذلك يجتمع في الغد تسميتان دون اليوم فيصنع اليوم الاول ويجب المسمى ويفسد الثاني ويجب أجرة المثل لا يجاوز به نصف درهم لانه هو المسمى في اليوم الثاني

الملزومات ولذلك عدلنا عن الحقيقة التي هي التأقيت إلى المجاز الذي هو التجهيل كذا في العناية وغيرها (أقول) يشكل هذا بمسألة الراعي فانه يجتمع فيها العمل والوقت وتصح الاجارة لاتفاق ولا يحكم الوقت على غير معناه الحقيقي في قول أحد بل يعتبر الاجرة أجرة امتسر كان وقع ذكر العمل أولاً وأجير وحدان وقع ذكر المدة أولاً ولا صرح بذلك في عامة المتعديات سيما في الذخيرة والمحيط البرهاني قال صاحب السكافي وفي المسألة اشكال هائل على قول أبي حنيفة رجحه الله فانه جعل ذكر اليوم للتجهيل هنا حتى أجاز العقد وفي مسألة الخاتيم جعل ذكر اليوم للتأقيت فافسد العقد على ما سبق تقريره والجواب أن ذكر اليوم حقيقة للتوقيت فيحمل عليه حتى يقوم الدليل على المجاز وهنا قام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر بسبب التأخير فعدلنا عن الحقيقة وصرفنا إلى المجاز بهذا الدليل ولم يبق مثل هذا الدليل عنه فكان التوقيت مراداً وفسد العقد انتهى كلامه وزاد عليه تاج الشريعة سؤالاً وجواباً فخصهما صاحب العناية فقال بعد ذلك الاشكال والجواب ورد بأن دليل المجاز قائم به وهو تصحج العقد على تقدير التجهيل فيكون مراداً نظراً إلى ظاهر الحال والجواب ان الجواز بظاهر الحال في حيز التزاع فلا بد من دليل زائد على ذلك وليس بوجود بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل زائد على الجواز بظاهر الحال انتهى (أقول) يشكل الجواب المذكور عن ذلك الاشكال بمسألة أخرى مسد كورة في المحيط البرهاني وهي ما قال فيه ولو قال ان خطته اليوم فلذلك درهم وان خطته غداً فلا أجر لث قال محمد في الاماني ان خاطه في اليوم الاول فله درهم وان خاطه في اليوم الثاني فله أجر مثله لا يزداد على درهم في قولهم جميعاً لان اسقاط الاجر في اليوم الثاني لا ينفى وجوبه في اليوم الاول ونفى التسمية في اليوم الثاني لا ينفى أصل العقد فكان في اليوم الثاني عقد التسمية فيه فيجب أجرة المثل انتهى لفظ المحيط فان أبا حنيفة رجه الله لم يفسد العقد في اليوم الاول في هاتيك المسألة كما أنفسه في حالة الانفراد مع أنه لم يبق فيها دليل على المجاز كما قام دليل عليه فيما نحن فيه اذ لا شك أن قوله ان خطته غداً فلا أجر لث لا يكون دليلاً على عدم ارادته كان ذكر اليوم حقيقة فيه وهو التوقيت بل يكون دليلاً على ارادته حقيقة ذلك اذ لو لم يكن مراده التوقيت لما نفي الاجر بالكلية في الغد وإذا كان التوقيت مراداً بد ذكر اليوم في تلك الصورة يشكل الفرق بينها وبين مسألة الخاتيم جداً على قول أبي حنيفة فليتأمل واستشكل الجواب المذكور بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال ولا بد لأبي حنيفة من بيان دليل المجاز فما إذا قبل خطه اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التجهيل وقال ويجوز أن يكون الدليل عليه صيغة الامر فانها تدل على تكون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت وقال وفيه تأمل انتهى (أقول) لا يتوجه هذا الاستشكال رأساً اذ لا نسلم أن أبا حنيفة حمل ذكر اليوم على التجهيل بل الصورة المزبورة بل الظاهر أنه على أصله هناك أيضاً من أن الجمع بين ذكر الوقت وذكر العمل مفسد للعقد بحالة الافراد وانى تبعت

(قوله وقام الدليل على المجاز وهو نقصان الاجر للتأخير) أقول ولا بد لأبي حنيفة من بيان دليل المجاز فيما إذا قبل خطه اليوم بدرهم حيث حمل ذكر اليوم على التجهيل ويجوز أن يقال الدليل عليه صيغة الامر فانها تدل على كون الخياطة مطلوبة فلا يكون ذكر اليوم للتأقيت وفيه تأمل (قوله بخلاف ما نحن فيه فان نقصان الاجر دليل على المجاز) أقول يعني دليل على المجاز (قوله زائد على الجواز بظاهر الحال) أقول قوله على الجواز متعلق بقوله زائد

(وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى) واما عندهما فالصحيح انه ينقص من نصف درهم ولا يزداد عليه قال (ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم الخ) ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حداد فبدرهمين وكذا ان استأجر بيتا فقال ان سكنت فيه عطارا فبدرهمين وان سكنت فيه حداد فبدرهمين (٣١٣) ولو استأجر دابة الى الحيرة على أنه ان جل عليها كرسعير فبدرهم وان جل عليها كرسعير فبدرهمين

عليها كرسعير فبدرهم ذلك كله جائز عند أبي حنيفة خلافا لهما وان استأجرهما الى الحيرة فبدرهم فان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وانما قال ذلك لان هذه المسئلة ذكرت في الجامع الصغير مطلقا فيحتمل أن يكون هذا قول الكل ويحتمل أن يكون قول أبي حنيفة خاصة كافي نظائرها وجه قولهما أن المعقود عليه أحد الشئيين وكذلك الأجر أحد الشئيين وهو مجهول والجهالة الواحدة توجب الفساد فكيف الجهالتان فان قيل مسئلة الخطاطة الرومية والفارسية فيها جهالة المعقود عليه فكانت صحيحة أجاب بقوله بخلاف الخطاطة الرومية والفارسية لان الأجر منه يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة أما في هذه المسائل فالأجر يجب بالتخليفة في الدار والدكان والتسليم في العبد فتبقى الجهالة وهذا الحرف أي قوله يجب الأجر بالتخليفة والتسليم فتبقى الجهالة هو الاصل عندهما

وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم لان التسمية الاولى لا تنعدم في اليوم الثاني فتعتبر لمنع الزيادة وتعتبر التسمية الثانية لمنع النقصان فان خاطه في اليوم الثالث لا يجاوز به نصف درهم عند أبي حنيفة هو الصحيح لانه اذا لم يرض بالتأخير الى الغد فبالزيادة عليه الى ما بعد الغد اولى (ولو قال ان سكنت في هذا الدكان عطارا فبدرهم وان سكنته حداد فبدرهمين جازو أي الامر من فعل استحق الاجر المسمى فيه عند أبي حنيفة وقالوا لا جارة فاسدة وكذا ان استأجر بيتا على أنه ان سكن فيه عطارا فبدرهم وان سكن فيه حداد فبدرهمين فهو جائز عند أبي حنيفة رجه الله وقالوا لا يجوز ومن استأجر دابة الى الحيرة بدرهم وان جاوز بها الى القادسية فبدرهمين فهو جائز ويحتمل الخلاف وان استأجرها الى الحيرة على أنه ان جل عليها كرسعير فبدرهم وان جل عليها كرسعير فبدرهمين فهو جائز في قول أبي حنيفة رجه الله وقالوا لا يجوز) وجه قولهما أن المعقود عليه مجهول وكذا الأجر أحد الشئيين وهو مجهول والجهالة توجب الفساد بخلاف الخطاطة الرومية والفارسية لان الأجر يجب بالعمل وعنده ترتفع الجهالة أما في هذه المسائل يجب الأجر بالتخليفة والتسليم فتبقى الجهالة وهذا الحرف هو الاصل عندهما ولا يخيروا بين عقدين صحيحين مختلفين فيصح كافي مسئلة الرومية والفارسية وهذا أي كونهما مختلفين لا يدخل ذلك في مطلق العقد وكذا في أخواتها (قوله والجاره جواب) عن قوله يجب الأجر بالتخليفة الخ وتقريره أن الجارة (تعقد لا تنفعا) عند ترتفع الجهالة (أما ترك الانتفاع مع التمكن فنادر لا معتبر به

(قوله وفي الجامع الصغير لا يزداد على درهم ولا ينقص من نصف درهم) أقول لا يقال كان الواجب في جهالة المسمى أجر المثل بالغامبلغ للفرق الظاهر بين الجهالتين فان هنا بعض التعيين بل كل التعيين بالنظر الى لفظ المؤجر (قوله والتسليم في العبد) أقول فيه شيء وكان الظاهر أن يقال والتسليم في الدابة

ولو احتج الى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الاجرين للتيقن به

### باب اجارة العبد

مختلفتين فان الاجر يجب بالتسليم من غير عمل فيلزم ان يفسد عقد الاجارة معه عند همامع أنه جائز عند أصحابنا وفاقا لا عند زفر انتهى كلامه (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأن الاجر وان وجب في الصورة المذكورة بالتسليم من غير عمل إلا أنه لا يجب بمجرد التسليم والتخلية بل لابد في وجوبه من قطع المسافة المعينة في ذلك العقد فانهم صرحوا بأنه اذا استأجر دابة الى الكوفة فسلمها المؤجر وأمسكها المستأجر ببغداد حتى مضت مدة يمكنه المسير فيها الى الكوفة فلا أجر عليه وان ساقها معه الى الكوفة فلم يركبها وجبت الاجرة انتهى ففي مسألة التخيير بين مسافتين مختلفتين ترتفع الجهالة بقطع مسافة من بينك المسافتين بخلاف ما نحن فيه على أصلهما (قوله ولو احتج الى الإيجاب بمجرد التسليم يجب أقل الاجرين للتيقن به) يعني ولو احتج الى إيجاب الاجر بمجرد التخلية والتسليم بأن يسلم العين المستأجرة الى المستأجر ولم ينتفع به قط حتى تعلم المنفعة يجب أقل الاجرين للذين سميا في العقد للتيقن به (أقول) القائل أن يقول لو جاز الأخذ بأقل دفع الجهالة الواقعة في باب الاجارة بناء على كونه متيقنا لصحت الاجارة فيما اذا سمى لعل معين أو لمنفعة معينة أجرين متغايرين على سبيل البدل كأن قال خط هذا الثوب بدرهم أو بنصف درهم أو قال اسكن في هذا البيت بدرهم أو بنصف درهم وجب أقل الاجرين للذين سماهما ولم يقل به أحد فتأمل في الدفع والله الموفق

### باب اجارة العبد

قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان أحكام تتعلق بالحرف شرع في بيان أحكام تتعلق بالعبد اذا العبد منخط الدرجة عن الحرف فخط ذكره عن ذكر الحرف لذلك انتهى واقتنى أثره كثير من الشراح في ذكر هذا الوجه وقال صاحب غاية البيان لما كان اجارة الرقيق نوعا من أنواع الاجارة وبالرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة وأخر ذكرها لان الجنس مقدم على النوع وقال هذا ما لا ح إلى من وجه المناسبة وما قيل في بعض الشروح ان العبد منخط الدرجة عن الحرف فخط ذكره عن ذكر الحرف لذلك ففيه نظر لان صاحب الهداية ذكر قبل هذا استتجار الدور والحوانيت والجمام والدواب وذكر هنا استتجار الرقيق لا اختصاصه بالمسائل المذكورة في هذا الباب وترجم الباب بباب اجارة العبد كما ترجم في الاصل بباب اجارة الرقيق للخدمة وغيره وها هو ظاهر كلام هذا الشارح يفهم منه ان العبد منخط الدرجة عن الحرف لانه لا ولاية له أصلا فلا يصح تصرفه في شيء الا باذن المولى وهذا مسلم ولكن لو كان مراد المصنف هذا لم يبدأ أول الباب باستتجار العبد لانه لم يوجد منه تصرف أصلا في عقد الاجارة لا اصاله ولا ياباة بل هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة كالدابة ونحو ذلك فعلم بهذا ان غرض المصنف لم يكن الاتويع المسائل الى هنا كلامه (أقول) في الوجه الذي لاح له نظرا لان مجرد كون الجنس مقدما على النوع لا يقتضي تأخير مسائل هذا الباب الى هنا فان مسائل كثيرة من الابواب السابقة مختصة أيضا بالنوع لاعامة الجنس ألا ترى ان مسائل باب الاجارة الفاسدة مختصة بالنوع الفاسد من جنس الاجارة وكذا مسائل باب الاجارة على أحد الشرطين مختصة بالنوع الذي ذكر فيه الشرطان الى غير ذلك من المسائل الاخرى المتقدمة وانما يقتضي هذا الوجه تأخير مسائل هذا الباب عما ذكر في أوائل كتاب الاجارة من الاحكام العامة لجنس الاجارة دون غيرهما من الاحكام الكثيرة المتنوعة الواقعة في البين فلا يتم التقريب وأما ما أورده على الوجه الذي ذكره صاحب النهاية ومن يحذو حذوه من النظر فقد قصد

(ولو احتج الى الإيجاب الاجر  
بمجرد التخلية) بأن يسلم  
العين المستأجرة ولم ينتفع  
به حتى يعلم المنفعة (يجب  
أقل الاجرين للتيقن به)

### باب اجارة العبد

تأخير ذكر اجارة العبد عن  
اجارة الحر لا يحتاج الى بيان  
لظهور وجهه بالخطاط  
درجته

### باب اجارة العبد

(قوله تأخير ذكر اجارة  
العبد) أقول أي نفسه  
واجارة الغير اياه ذكرت  
استطرادا وقد يقدم في  
الذكر ما يذكر استطرادا  
كما سبق في باب العشر  
والخراج فعلى هذا الاجارة  
مضاف الى الفاعل



(ومن استأجر عبد الخدمه فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك لأن خدمة السفر تشمل على زيادة مشقة) لا محالة (فلا ينتظمها الاطلاق) واعترض بأن المستأجر في ملكه منافعه كالمولى وللمولى أن يسافر بعبده فكذلك المستأجر وأجيب بأن المولى إنما يسافر بعبده لأنه يملك رقبته والمستأجر ليس كذلك (٣٩٤) ونقض عن ادعى داراوصالح المدعى عليه على خدمة عبده سنة فإن للمدعى أن

يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الاجارة على الاجر بعد انتهاء العقد

أقال (ومن استأجر عبد الخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك) لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق

بعض الفضلاء دفعه حيث قال في تفسير اجارة العبد أي نفسه وقال واجارة الغير اياه ذكر استطرادا وقد يقدم في الذكرا ما يذكر استطرادا كما سبق في باب العشر والخراج فعلى هذا الاجارة مضاف الى الفاعل الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل أما أولا فلا أن الاجارة في اللغة اسم للجرة وهي كراء الاجير صرح به في المغرب وعامة كتب اللغة ولم يسمع محي هذه الكلمة مصدوا قاط وانما المصدر من الثلاثي الاجر ومن المزيدي عليه الايجار والمؤجرة فلم يتصور أن يكون للاجارة فاعل ومفعول فلم يصح القول بأن الاجارة ههنا مضاف الى الفاعل وان المعنى اجارة العبد نفسه وأما ثانيا فلا أن المذكور في هذا الباب خمس مسائل ثنتان منها متعلقتان بايجار العبد نفسه وثلاث منها متعلقات بايجار الغير اياه فعمل عنوان الباب على أقل ما ذكر في الباب وجعل أكثر ما ذكر فيه استطراديا كما يقتضيه قوله واجارة الغير اياه ذكر استطرادا مما لا يتقبله فطرة سليمة \* ثم أقول في دفع ما أورده صاحب العناية من النظر ان انحطاط درجة العبد عن الحر كما يظهر له أثر فيما اذا وجد من العبد تصرف في عقد الاجارة كذلك يظهر له أثر فيما اذا لم يوجد منه تصرف في ذلك ولكن كان هو محل التصرف وموقع عقد الاجارة اذا لاشك ان في كل من تلك الصورتين حكما خاصا يتعلق بالعبد كما يفصح عنه قوله في الوجه الذي اختاره وبالرقيق مسائل خاصة تتعلق به ذكرها في باب على حدة ولاريب ان اختصاص مثل ذلك الحكم بالعبد ليس لارتفاع درجته عن الحر بل انما هو لان انحطاط درجته عن الحر فكان قول صاحب النهاية ومن تبعه آخر الاحكام التي تتعلق بالعبد عن أحكام الحر لان انحطاط درجة العبد عن الحر وجها جاريا في الصورتين معا شاملا للمسائل المذكورة في هذا الباب بأسرها فلم يتم قول صاحب الغاية ولكن لو كان مراد المصنف من هذا المبدأ أول الباب باستئجار العبد الخ انذاره على أن لا يجري الوجه المزبور في الصورة الثانية كما ينادى عليه تعليقه ثم ان اضافة الاجارة الى العبد في عنوان الباب ليس من قبيل الاضافة الى الفاعل ولا من قبيل الاضافة الى المفعول لما عرفت بل من قبيل الاضافة لادنى الملابسة فتشمل ما كان العبد متصرفا في نفس عقد الاجارة كما في بعض مسائل هذا الباب وما كان العبد محل التصرف وموقع عقد الاجارة كما في البعض الآخر من مسائل هذا الباب ومن هذا البعض المسئلة المبتدأ بها أول الباب فلا محذور ولا استطراد في شئ تأمل ترشد (قوله) ومن استأجر عبد الخدمة فليس له أن يسافر به إلا أن يشترط ذلك لأن خدمة السفر اشتملت على زيادة مشقة فلا ينتظمها الاطلاق) فان قيل ان المستأجر في ملك منافعه بنزل منزلة المولى في منافع عبده والمولى أن يسافر بعبده فلماذا لا يكون للمستأجر أن يسافر بأجيره قلنا انما يسافر المولى بعبده لأنه يملك رقبته والمستأجر لا يملك رقبته أجيره كذا في الكافي وعامة الشروح ونقض هذا الجواب عن ادعى داراوصالح المدعى عليه على خدمة عبده سنة فإن للمدعى أن يخرج بالعبد الى السفر وان لم يملك رقبته وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الاجارة على الاجر بعد انتهاء العقد

(قوله واعترض بأن المستأجر) أقول معارضة (قوله وأجيب بأن مؤنة الرد في باب الاجارة على الاجر الخ) أقول في الفصل الحادي عشر من المحيط البرهاني واذا استأجر عبدا بالكوفة ليستخدمه ولم يعين مكانا للخدمة كان له أن يستخدمه بالكوفة وليس له أن يستخدمه خارج الكوفة فان سافر به ضمن هكذا ذكر محمد المسئلة في اجارات الاصل وذكري في صلح الاصل ان من ادعى داراوصالح المدعى عليه على خدمة عبده سنة ان له أن يخرج بالعبد الى أهله قال الشيخ الامام الاجل شمس الأئمة الحسواني في شرح كتاب الصلح لم يرد بقوله يخرج بالعبد الى أهله أن يسافر به وانما أراد به أن يخرج الى أهله في القرى وأقنية ابلد قال وهذا كما قلنا في باب الاجارة من استأجر

عبد الخدمه ليس له أن يسافر به وله أن يخرج الى أهله وأقنية البلد وكان الشيخ الامام شمس الأئمة السرخسي يفرق بين مسألة لاجارة ومسئلة الصلح وكان يقول في مسألة الصلح لصاحب الخدمة أن يسافر بالعبد المستأجر للخدمة وحكي عن الفقيه أبي اسحق الحنظلي أنه كان يقول لاروايه عن محمد في فصل الاجارة فلما قل أن يقول للمستأجر أن يخرج بالعبد عن المصر كما في الصلح ولما قل أن يفرق بينهما وقد عثرنا على الرواية في الاجارة في اجارات الاصل على نحو ما كتبنا انتهى فعلم من ذلك امكان المنع في مسألة الصلح فتأمل

لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه تقر ربحه في الاجر فالمستأجر اذا سافر بعبده يلزم المؤجر ما لم يلزمه من مؤنة الرد وربما يربو على الاجرة وأما في الصلح فثبته الرد ليست على المدعى عليه فالمدعى بالاجرة الى السفر يلزم مؤنة الرد وله ذلك وهذا كما ترى انقطاع لان المعلن احتاج الى أن يضم الى عتقه وهو قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيدا وهو أن يقول ويلزمه مؤنة الرد ولعل الصواب أن يقال لانسلم أن المستأجر في منافع العبد كالمولى فان المولى له المنفعة على (٢١٥) الاطلاق زمانا ومكانا ونوعا وليس

المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري يتقيد بزمان ومكان فيجوز أن يتقيد بما لم يتقيد به المولى والعرف يوجب أو دفع ضرر مؤنة الرد على ما ذكرنا يوجب (ولهذا جعل السفر عذرا) يعني اذا استأجر غلاما لخدمته في المصر ثم أراد المستأجر السفر فهو عذر في فسخ الاجارة لانه لا يتمكن من المسافرة بالعبد لما ذكرنا ولو منع من السفر تضرر فكان عذرا تضيخ به الاجارة (قوله فلا بد من اشتراطه) متعلق بقوله فلا ينظمها الاطلاق (ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهرا) فصار كالاختلاف باختلاف المستعملين (فأذا تعينت الخدمة في الخدمتين عرفا لا يبق غير هاد اخلا كافي الركوب) فانه اذا استأجر دابة لركوب بنفسه ليس له أن يركب غيره للتفاوت بين ركوب الراكبين فكذلك ههنا

ولهذا جعل السفر عذرا فلا بد من اشتراطه كاسكان الحداد والقصار في الدار ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر فاذا تعين الخدمة في الخضر لا يبق غيره داخلا كافي الركوب

لان المنفعة في النقل كانت له من حيث انه يقر ربحه في الاجر فالمستأجر اذا سافر بالعبد فهو يلزم المؤجر ما لم يلزمه من مؤنة الرد وربما يربو على الاجرة وأما في الصلح فثبته الرد ليست على المدعى عليه فالمدعى بالاجرة الى السفر يلزم مؤنة الرد وله ذلك كذا في العناية أخذ من النهاية (أقول) لقائل أن يقول يلزم من هذا الجواب أن يقدر المستأجر أن يسافر بالعبد اذا التزم مؤنة الرد وان لم يرض به المؤجر لان حاصل هذا الجواب انه ان سافر المستأجر بالعبد في باب الاجارة يترب الضمر على المؤجر بالزامه اياه ما لم يلزمه من مؤنة الرد ولا يخفى ان ذلك الضمر يندفع بالتزام المستأجر تلك المؤنة مع ان الظاهر من عبارات الكتب عدم جواز المسافرة به مطلقا ما لم يشترط ذلك فتامس وطعن صاحب العناية في الجواب المزبور بوجه آخر حيث قال وهذا كما ترى انقطاع لان المعلن احتاج الى أن يضم الى عتقه وهي قوله والمستأجر لا يملك رقبته قيدا وهو أن يقول ويلزمه مؤنة الرد ثم قال ولعل الصواب أن يقال لانسلم ان المستأجر في منافع العبد كالمولى فان المولى له المنفعة على الاطلاق زمانا ومكانا ونوعا وليس المستأجر كذلك بل يملكها بعقد ضروري يتقيد بمكان وزمان فيجوز أن يتقيد بما لا يتقيد به المولى والعرف يوجب أو دفع ضرر المؤنة على ما ذكرنا يوجب (انتهى كلامه) (أقول) فيما استصوبه نظر لانه ينتقض بمسألة الصلح اذا لاشك ان المصالح أيضا لا يملك منافع العبد على الاطلاق كالمولى بل هو أيضا انما يملكها بعقد ضروري هو عقد الصلح مع ان له أن يسافر بالعبد بخلاف المستأجر فيحتاج الى الفرق (قوله ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر) فاذا تعين الخدمة في الخضر لا يبق غيره داخلا كافي الركوب) قال بعض الفضلاء الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهرا انتهى (أقول) الفرق بينهما مدار الاول على ان خدمة السفر مما لا يدخل في اطلاق العقد راسا بناء على انصرف مطلق العقد الى المتعارف الذي هو الخدمة في الخضر ومدار الثاني على ان كل واحدة من خدمتي السفر والخضر وان كانتا خلتين تحت اطلاق العقد الا ان الخدمة في الخضر تعينت بقرينة حال حضر العاقد ومكان العقد فبعد تعيينها لا يبق المحال للآخرى كافي الركوب فانه اذا أطلق الركوب ثم ركب بنفسه أو أركب غيره تعينه هو فبعد ذلك ليس له أن يغير من ركبته أولا لتعينه للركوب فكذا ههنا ويرشد الى ما قررنا من الفرق بين الدليلين المذكورين في الكتاب عبارة المبسوط والذخيرة في تعليل هذه المسئلة على ما ذكره صاحب النهاية حيث قال لان مطلق العقد ينصرف الى المتعارف ولان الظاهر من حال صاحب العبد أنه يريد الاستخدام في مكان العقد حتى لا يلزمه مؤنة الرد وربما يربو ذلك على الاتجر فيتعين موضع العقد مكانا للاستيفاء بدلالة الحال كذا في المبسوط والذخيرة

(قوله لان المنفعة في النقل

كانت له) أقول يعني كانت للاجير (قوله وأما في الصلح فثبته الرد ليست على المدعى عليه) أقول الصلح يجب حمله على أقرب العقد دال عليه وأشبهها لما أنه ليس عقد ابرأه فهذا الصلح محمول على الاجارة فلا بد أن تكون مؤنة الرد على المدعى عليه والاخالف الفرق والجواب أن الفرق واضح فان المدعى عليه يزعم أنه يملك الخدمة بغير شيء والتفصيل في النهاية (قوله ويلزمه) أقول أي يلزمه الاتجر (قوله وليس المستأجر كذلك) أقول والمصالح أيضا ليس كذلك (قوله ولان التفاوت بين الخدمتين ظاهر) أقول الفرق بين الدليلين غير واضح ظاهرا

(ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً) عمل (فأعطاه الاجر فليس للمستأجر ان يسترد منه الاجر استحقاقاً وفي القياس له ذلك لأنه يقتضي أن لاتصح الاجارة لانعدام اذن المولى وقيام الحجر) فيصير المستأجر فاصباً بالاستعمال ولا أجر على الغاصب (فصار كما اذا هلك العبد) فانه يجب للمولى قيمته دون الاجر لانه ضامن بالغصب والاجر والضمان لا يجتمعان (وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً ضاراً على اعتبار الهلاك بالاستعمال والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز الدفع لم يكن له أن يسترد منه) قال (ومن غصب عبداً فآجر العبد نفسه الخ) ومن غصب عبداً فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجراً فكله لم يضمن عند أبي حنيفة وقالاهو ضامن لانه كل مال المالك بغير اذنه اذا اجارة قد صحت (٢١٦) على ما مر من وجه الاستحسان أن التصرف نافع والمجور مأذون في المنافع ولا يبي حنيفة

أن الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم بالاحراز وهذا المال غير محرز في حق الغاصب آذ العبد لا يحجز نفسه عنه فكيف يحجز ما في يده وهذا لان الاحراز انما يكون بيد المالك أو يد نائبه ويد الغاصب ليست بهما ويد العبد كذلك لانه في يد الغاصب فان قيل الغاصب اذا استهلك ولد المغصوبة ضمنه ولا احراز فيه أجب بأنه تابع للام لكونه جزءاً منها وهي محرزة بخلاف الاجر فانه حصل من المنافع وهي غير محرزة (وان وجد المولى الاجر قائماً بعينه أخذه لانه وجد عين ماله ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعاً لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر) من قوله والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا كان مأذوناً له وهو العاقد رجع الحقوق اليه فكان له القبض

(ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً وأعطاه الاجر فليس للمستأجر ان يأخذ منه الاجر) وأصله أن الاجارة صحيحة استحساناً اذا فرغ من العمل والقياس أن لا يجوز لانعدام اذن المولى وقيام الحجر فصار كما اذا هلك العبد وجه الاستحسان أن التصرف نافع على اعتبار الفراغ سالماً ضاراً على اعتبار الهلاك العبد والنافع مأذون فيه كقبول الهبة واذا جاز ذلك لم يكن للمستأجر أن يأخذ منه (ومن غصب عبداً فآجر العبد نفسه فأخذ الغاصب الاجراً فكله فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وقالاهو ضامن) لانه كل مال المالك بغير اذنه اذا اجارة قد صحت على ما مر وله أن الضمان انما يجب باتلاف مال محرز لان التقوم به وهذا غير محرز في حق الغاصب لان العبد لا يحجز نفسه عنه فكيف يحجز ما في يده (وان وجد المولى الاجر قائماً بعينه أخذه) لانه وجد عين ماله (ويجوز قبض العبد الاجر في قولهم جميعاً) لانه مأذون له في التصرف على اعتبار الفراغ على ما مر (ومن استأجر عبداً هذين الشهرين شهر اباًربعة وشهراً بخمسة فهو جائز والاول منهما بأربعة) لان الشهر المذكور أولاً لا ينصرف الى ما يلي العقد تحرياً للجواز أو نظراً الى تنجز الحاجة

انتمى (قوله ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً وأعطاه الاجر فليس للمستأجر أن يأخذ منه الاجر) قال صاحب الكافي في تقريره هذه المسئلة ومن استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً فاعمل فأعطاه الاجر فقد زاد على ما ذكره المصنف قوله نعمل واقتنى أثره صاحب العناية (أقول) فيه شيء وهو ان وضع هذه المسئلة فيما اذا استأجر عبداً محجوراً عليه شهراً كما ترى فقد ذكر فيه المدة وهي الشهر وقد تقرر عندهم وعرفت فيما مر غير مرة ان الاجير يصير بذكر الوقت أجيراً خاصاً وقد مر في باب ضمان الاجير ان الاجير الخاص هو الذي يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وان لم يعمل كمن استأجر شهراً للخدمة أو لرعي الغنم فمما عني اعتبار العمل في هذه المسئلة بعد ذكر المدة نعم لا بد من تسليم العبد نفسه حتى يستحق الاجر فلا يجوز للمستأجر أن يأخذ منه ما أعطاه اباه من الاجر لانه لم يذكر هذا القيد صراحة في وضع المسئلة اعتماداً على ظهور كونه مراداً فان قلت من زاد قيداً لعمل أراد بالعمل تسليم النفس قلت لا يرى له وجه صحيح اذ لا اتحاد بينهما ما ولا استلزام فان العمل بوجوده بدون تسليم النفس في الاجير المشترك مطلقاً وتسليم النفس بوجوده بدون العمل في الاجير الخاص الذي سلم نفسه ولم يعمل فما وجه ذكر العمل وارادة تسليم النفس والانصاف أن تركه أولى من ذكره كما صنع المصنف (قوله لان الشهر المذكور أولاً لا ينصرف الى ما يلي العقد تحرياً للجواز أو نظراً الى تنجز الحاجة) قال تاج الشريعة فان قلت

وقائده تظهر في حق خروج المستأجر عن عهدة الاجرة فانه يحصل بالاداء اليه ووضع المسئلة فيما اذا آجر العبد المغصوب هذا نفسه فان آجره الغاصب كان الاجر له للمالك ولا ضمان عليه بالاتفاق وان آجره المولى فليس للعبد أن يقبض الاجرة الا بوكالة المولى لانه العاقد (ومن استأجر عبداً هذين الشهرين شهر اباًربعة وشهراً بخمسة فهو جائز والشهر الاول منهما بأربعة لانه المذكور أولاً ولا ينصرف الى ما يلي العقد تحرياً للجواز) وذلك لانه لما قال شهر اباًربعة على سبيل التنكير كان محجوراً ولا اجارة تفسد بالجهالة فنصرفناه الى ما يلي العقد تحرياً للجواز كما لو قال استأجرت منك هذا العبد شهراً وسكت فانه ينصرف الى ما يلي العقد (أو نظراً الى تنجز الحاجة)

(قوله أجب بأنه تابع للام لكونه جزءاً منها وهي محرزة) أقول لا يقال هذا بخلاف لما قاله الا أن من أن العبد لا يحجز نفسه لان عدم احرازه لنفسه لا ينافي كونه محرزاً في حق المالك

فإن الإنسان إنما يستأجر الشيء لحاجة تدعو إلى ذلك والتظاهر وقوعهما عند العقد وإذا انصرف الأول إلى ما يلي العقد والثاني معطوفة عليه ينصرف إلى ما يلي الأول ضرورة قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكر المحجول والمذكور في الكتاب ليس كذلك وأجيب بأن المذكور في الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام المؤجر من المنكر فكان المؤجر قال آجرت عبدي هذا شهرين شهرين بأربعة وشهرين بخمسة فقال المستأجر آجرت هذا شهرين شهرين بأربعة وشهرين بخمسة (قوله ومن استأجر عبدا شهرين بأربعة وشهرين بخمسة) ظاهر حلا قوله فيتم بحكم الحال فإنه استشكل بأن الحال تصلح للدفع دون الاستحقاق ثم لو جاء المستأجر بالعبد وهو صحيح فالقول للمؤجر ويستحق الاجر فكانت موجبة للاستحقاق وليس بناءً على (٢٧٧) لأن المصنف أشار إلى دفعه بقوله

وهو يصلح من جحان لم يصلح  
حجة في نفسه وبيانه أن  
الموجب للاستحقاق هو  
العقد مع تسليم العبد إليه  
في المدة ولكن تعارض  
كلامهما في اعراض  
ما يوجب السقوط فجعل  
الحال من جحان الكلام المؤجر  
لاموجبا للاستحقاق فهي  
في الحقيقة - دافعة  
لاستحقاق السقوط بعد  
الثبوت لاموجبة والله أعلم

فينصرف الثاني إلى ما يلي الأول ضرورة ( ومن استأجر عبدا شهرين بأربعة وشهرين بخمسة في أول الشهر ثم جاء آخر الشهر وهو أبقي أو مرض فقال المستأجر أبقي أو مرض حين أخذه وقال المولى لم يكن ذلك إلا قبل أن تأتي بساعة فالقول قول المستأجر وإن جاءه وهو صحيح فالقول قول المؤجر) لأنهما اختلفا في أمر محتمل فيترجح بحكم الحال أنه دليل على قيامه من قبل وهو يصلح من جحان لم يصلح حجة في نفسه أصله الاختلاف في جريان ما إذا طاحونة وانقطاعه

هذا التعليل إنما يستقيم إذا نكر الشهر وهما عرف بقوله هذين قلت رأيت في المبسوط والجامع الصغير للعتابي وغيرهما عدم التعرض لقوله هذين بل في كل واحد منهما استأجر عبدا شهرين شهرين بأربعة وشهرين بخمسة ويحتمل أن يحمل قوله هذين على ما إذا قال المؤجر آجرت منك هذا العبد شهرين شهرين بأربعة وشهرين بخمسة فقال المستأجر آجرت منك هذا العبد هذين الشهرين فينصرف قوله هذين الشهرين إلى الشهرين المنكرين اللذين دخلا تحت إيجاب المؤجر فينفي التنكير فصلح التعليل بتعجز الحاجة لاثبات التعيين إلى هنا كلامه واقتنى أثره صاحب الكفاية في نسج هذا المقام على هذا المنوال ولكن بنوع تغيير تقوى في أوائل المقال وقال صاحب العناية قيل مبنى هذا الكلام على أنه ذكر منكر المحجول والمذكور في الكتاب ليس كذلك وأجيب بأن المذكور في الكتاب قول المستأجر واللام فيه للعهد لما كان في كلام المؤجر من المنكر فكان المؤجر قال آجرت عبدي هذا شهرين شهرين بأربعة وشهرين بخمسة فقال المستأجر آجرت هذا شهرين شهرين بأربعة وشهرين بخمسة انتهى كلامه (أقول) لا الشبهة شيء ولا الجواب أما الشبهة فلأن التعليل المزبور يستقيم ويتم بتنكير شهر في شهرين بأربعة وشهرين بخمسة ولا يتوقف على تنكير شهرين إذ على تقدير تعريف الشهرين بصير المنعنيين مجموع الشهرين من حيث هو مجموع وهذا لا يقتضي أن يتعين الأول منهما بأربعة والثاني بخمسة لاحتمال أن يكون الأمر بالعكس بناء على تنكير كل واحد منهما ما واهما فاحتج إلى الاستدلال على كون الأول منهما بأربعة والثاني بخمسة دون العكس بالتعليل الذي ذكره المصنف فلا غبار عليه أصلا وأما الجواب فلا أنه لو كان المذكور في الكتاب قول المستأجر لم يصح تنكير عبدا في قوله ومن استأجر عبدا هذين الشهرين بل كان هو أحق بالتعريف من الشهرين لأن بذلك يعلم أن الذي استأجره هو العبد الذي آجره المؤجر ومنه على أن كون اللام في قول المستأجر للعهد إنما يتصور فيما إذا كان كلام المؤجر مقبلا على كلام المستأجر في العقد وليس ذلك بلازم فإن أيا من المتعاقدين تكلم أولا يصير كلامه إيجابا فإذا قبل الآخر الزم العقد فعمل المذكور في الكتاب على قول المستأجر لا يقتضي تعريف الشهرين في هذه المسئلة

( قوله قيل مبنى هذا  
الكلام على أنه ذكر  
منكر الخ ) أقول فيه  
بحث فإن المصنف إنما  
يستدل بتنكير شهر الابتداء  
شهرين فلا ماس من لهذا  
السؤال ظاهرا ويجوز أن  
يقال قوله شهرين وشهرين  
تفصيل للشهرين بلفظ  
التنكير فاتجه هذا  
الاعتبار لكن لا يخفى عليك  
أنه لو ذكر المستأجر لفظ معرفا  
كافي الكتاب بخواب الكتاب  
أيضا ما ذكر ( قوله وأجيب

( ٢٨ - تكمله سابع ) بأن المذكور أقول المجيب هو الامام جليل الدين الضرير في حواشيه على الهداية ثم قال مولانا طاهر الدين وقد رأيت كثيرا من الكتب نحو المبسوط والجامع الصغير للعتابي والاسي جاني والمعينة في الفقه أنه لم يتعرض لقوله هذين بل فيه إذا استأجر عبدا شهرين بأربعة وشهرين بخمسة فقال مولانا تأملت فلم أجده بخلاف سوى هذا انتهى ويقول الضعيف مستعينا بالله يجوز أن يكون وضع المسئلة فيما إذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين بالتنكير وانما ذكر المصنف معرفا نظرا إلى تعيينه المأثري حيث ينصرف إلى ما يلي العقد فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل هو لفظ المصنف فليتأمل



## باب الاختلاف في الاجارة

قال (واذا اختلف الخياط ورب الثوب فقال رب الثوب أمرتك أن تصبغه أو قال الصباغ لا بل أمرتني أصفر فالقول لصالح الثوب) لأن الاذن يستفاد من جهته ألا ترى أنه لو أنكر أصل الاذن كان القول قوله فكذا إذا ذكر صفته لكن يلف لأنه أنكر شيئا وأقر به لزمه قال (واذا حلف فالحياط ضامن) ومعناه ما أمر من قبل أنه بالخيار ان شاء ضمنه

على الإطلاق بل لزم تخصيص مسألة لكتاب ببعض الصور ولا يخفى ما فيه \* ثم أقول لعل المصنف انما عرف الشهرين في تقرير هذه المسئلة مخالفا لما وقع في عامة الكتب من تنكير ذلك اشعارا بان جواب هذه المسئلة لا يتغير بتعريف الشهرين بل تنكير ذلك وتعرفه سيان عند تنكير شهر في شهر بأربعة وشهران خمسة لما بينهما في رد الشبهة أنقا وقال بعض الفضلاء يجوز أن يكون وضع المسئلة فيما إذا ذكر المستأجر لفظ الشهرين بالتنكير وانما ذكر المصنف معرفا نظرا إلى تعيينه المألى حيث ينصرف إلى ما يلي العدة فلا يكون قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل هو لفظ المصنف انتهى (أقول) ليس هذا بشئ أيضا إذ لا يذهب عليه أن قوله شهرين بأربعة وشهران خمسة من كلام المستأجر وأنه تفصيل للشهرين فلو لم يكن قوله هذين الشهرين من كلام المستأجر بل كان من لفظ المصنف لزم أن يكون الجمل لفظ المصنف والمفصل لفظ المستأجر وهذا مما لا يرضيه العاقل \* ثم أقول بقي ههنا كلام وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسئلة غير مختص بصورة أن يكون الاجير عبدا بل هو متمش في صورة أن كان حرا أيضا لعين الدليل المذكور في الكتاب فوجه ذكر هذه المسئلة في باب اجارة العبد غير واضح فإن المناسب أن يذكر فيه له اختصاص بالعبد من الاحكام والا فكثير من الاحكام المذكورة في الابواب السابقة مشتركة بين الحر والعبد ولا يقال ان كون الاجير عبدا أكثر من كونه حرا فبني الامر على الأكثر إذ لا نسلم ان ذلك أكثر بل انما ظاهرا أن كون الاجير حرا أكثر لاستقلاله وكثرة احتياجه إلى الاجرة لانفاق نفسه وعياله وأيضا لو كان بناء الامر على ذلك لذكر مسائل الاجير أيضا في هذا الباب والله الموفق للصواب

## باب الاختلاف في الاجارة

لمافرغ من بيان أحكام اتفاق المتعاقدين وهو اصل ذكر في هذا الباب أحكام اختلافهما وهو الفرع إذا اختلف انما يكون بعرض (قوله وإذا حلف فالحياط ضامن ومعناه ما أمر من قبل أنه بالخيار) يعني به ما مر قبل باب الاجارة الفاسدة في مسألة ومن دفع إلى خياط أو بالخياطه قيسا بديرهم فخاطه قباء كذا في الشروح واعترض بأن المتعاقدين كما ههناك متفقين على أن المأمور به خياطة القميص والاجير خاف فخاط قباء وههناك اختلاف في أصل المأمور به فعند اختلاف المسائلتين كيف يتحد الجواب وأجيب أنه اختلفت صورتا لمسئلتين ابتداء ولكن اتحدتا انتهاء لأنه ذكر هذا الحكم هنا بعد حلف صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يبق خلاف الاخر اعتبارا فكانتا في الحكم في الانتهاء سواء هذا خلاصة ما في النهاية والعناية وقصد بعض الفضلاء أن يجب عن هذا الاعتراض المذكور بوجه آخر فقال ولت أن تقول إذا كان الحكم ذلك إذا اتفقا بالطريق الأولى إذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس انتهى (أقول) ليس ذلك بسديد أما أولا فلا يلزمها إذا اتفقا على مخالفة المأمور به كان التعدي مقرر أعندهما فيجب الضمان قطعا وأما إذا اختلفا في المخالفة فلا تعدي على زعم الاجير

## باب الاختلاف في الاجارة

لمافرغ عن ذكر أحكام اتفاق المتعاقدين وهو الاصل ذكر أحكام اختلافهما وهو الفرع لأن الاختلاف انما يكون لعرض قال (واذا اختلف الخياط ورب الثوب الخ) ان اختلف المتعاقدان في الاجارة في نوع المفعود عليه كالثياب والقميص في الخياطة أو الجرة والصفرة فالقول قول من يستفاد منه الاذن وهو صاحب الثوب عند علمائنا ورجعهم الله لأنه لو أنكر أصل الاذن كان القول له فكذا إذا أنكر صفته لكن بعد اليقين لأنه أنكر ما لو أقر به لزمه فان حلف فهو بالخيار ان شاء ضمنه

## باب الاختلاف في الاجارة

قال المصنف (لو أنكر أصل الاذن كان القول قوله) أقول في الشرح الشاهاني أي لو أنكر عقد الاجارة أصلا كان القول لصاحب الثوب انتهى وفيه بحث

وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى كما هو قبيل باب الاجارة الفاسدة في قوله ومن دفع الى خياط ثوبا ليجعله قصاصا درهم فخاطه قباء واعترض بأن هناك اتفاق المتعاقدان على المأمور به والاجير خالف وههنا قد اختلفا في ذلك فكيف تكون هذه مثل تلك وأجيب بأنهم مثلها انتماء لا ابتداء لانه ذكر هذا الحكم ههنا بعد دعيين صاحب الثوب ولما حلف كان القول قوله فلم يسبق لخلاف الاخر اعتبارا فكانتا في الحكم في الانتهاء سواء ذكر في بعض نسخ النسخ يضمنه أو لا يضمن صاحب الثوب للصباغ قيمة زيادة الصبغ فالاولى أعني قوله لا يجاوز به المسمى ظاهر الرواية ولثانية أعني قوله يضمنه ما زاد الصبغ فيه رواية ابن سماعة عن محمد وجه الظاهر وهو الاصح أن الصبغ آلة لعمل المستحق على الصباغ بمنزلة الخرخوش والصابون في عمل الغسال فلا يصير صاحب الثوب مشتركا بالصبغ حتى تعتبر القيمة عند فساد السبب ووجه رواية محمد أن الصباغ بمنزلة الغاصب والحكم في الغصب كذلك وان اختلفا في وجود الاجرة فقال صاحب الثوب علمته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول (٣١٩) لصاحب الثوب عند أبي حنيفة

لانه ينكر تقوم عمله لان تقوم به بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر وقال أبو يوسف ان كان الرجل حر يقاتله أي خليطا له وذلك بأن تكررت تلك المعاملة بينهم بأجر فله الاجر والا فلا لان سبق ما بينهما بأجر يعين جهة الطلب بأجر جريا على معنادهما وقال محمدان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجرة فالقول قوله لانه لما فتح الخافوت لاجله جرى ذلك مجرى التخصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله أبو حنيفة رضي الله عنه لانه منكر وما ذكره من الاستحسان مدفوع

وان شاء أخذه وأعطاه أجر مثله وكذا يجزى في مسألة الصبغ اذا حلف ان شاءت منه قيمة الثوب أبيض وان شاء أخذ الثوب وأعطاه أجر مثله لا يجاوز به المسمى وذكر في بعض النسخ يضمنه ما زاد الصبغ فيه لانه بمنزلة الغصب (وان قال صاحب الثوب علمته لي بغير أجر وقال الصانع بأجر فالقول قول صاحب الثوب) عند أبي حنيفة لانه ينكر تقوم عمله اذ هو يتقوم بالعقد وينكر الضمان والصانع يدعيه والقول قول المنكر (وقال أبو يوسف ان كان الرجل حر يقاتله أي خليطا له) (فله الاجر والامانة) لان سبق ما بينهما يعين جهة الطلب بأجر جريا على معنادهما (وقال محمدان كان الصانع معروفا بهذه الصنعة بالاجرة فالقول قوله) لانه لما فتح الخافوت لاجله جرى ذلك مجرى التخصيص على الاجر اعتبارا للظاهر والقياس ما قاله أبو حنيفة لانه منكر والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق والله أعلم

#### باب فسخ الاجارة

ففي وجوب الضمان على نوع خفاء فكيف يصح أن يقال اذا كان الحكم ذلك أي الضمان اذا اتفقا قبل لطريق الاولى اذا اختلفا وأما ثانيا فلان ورد الاعتراض هو قول المصنف ومعناه ما مر من قبل والمفهوم منه هو الاتحاد في الحكم لا التشبيه فمعنى قوله مع أن التشبيه غير القياس فهو سلا هو لغو هنا (قوله والجواب عن استحسانهما أن الظاهر للدفع والحاجة ههنا الى الاستحقاق يعني ان الحاجة ههنا الى الاستحقاق لالى الدفع والظاهر انما يكون حجة للدفع دون الاستحقاق قال بعض الفضلاء فرق بين الظاهر والاستحسان فالاول يصلح للاستحقاق كإخبار الآحاد انتهى (أقول) المراد بالظاهر ههنا ظاهرا حال كون مثل هذا الظاهر حجة للاستحقاق ممنوع وأما إخبار الآحاد فمعهزل عما نحن فيه فانهم من الادلة التنظيمية الظنية توجب العمل دون العلم عند الجمهور في ما عرف في الاصول والله الموفق للصواب واليه المرجع والمآب

#### باب فسخ الاجارة

بأن الظاهر يصلح للدفع والحاجة ههنا للاستحقاق لا للدفع

#### باب فسخ الاجارة

تأخير هذا الباب عما قبله ظاهر المناسبة اذا فسخ بعقب العقد لا محالة

(قوله واعترض بأن هناك اتفاق المتعاقدان الخ) أقول وقد أن تقول اذا كان الحكم ذلك اذا اتفقا بطريق الاولى اذا اختلفا مع أن التشبيه غير القياس ودليل لمثلين ما سيجي في الغصب من رعاية حتى الجنتين قال المصنف (وقال محمدان كان الصانع معروفا بالخ) أقول قال الزبيدي والقنوي على قول محمد انتهى وما في النهاية والكفاية وعناية البيان قال شيخنا سلام وعليه القنوي وما في شرح الشاهان والقنوي على قول محمد انتهى ذكره جدي الشيخ الامام المحبوبي سقى الله ثراه في شرح الجامع الصغير (قوله وما ذكره من الاستحسان مدفوع بأن الظاهر الخ) أقول فرق بين الظاهر والاستحسان فالاول يصلح للاستحقاق كإخبار الآحاد

#### باب فسخ الاجارة

قال (ومن استأجر داراً) تفسخ الاجارة لعيبوب تضرر بالمنافع التي وقعت الاجارة لاجلها وكذا بالاعذار عندنا خلافاً للشافعي فاذا استأجر داراً (فوجد بها عيباً يضر بالسكنى) فلا يفسخ (وكذا اذا استأجر عبداً للخدمة فذهبت كلتا عينيه) وأما اذا كان عيباً لا يضر كحائط سقط لم يكن محتاجاً اليه في السكنى أو ذهبت إحدى عيني العبد فلا يفسخ له (قوله لان المعقود عليه) دليل على ذلك ووجهه أن المعقود عليه هو المنافع وانها توجد شيئاً فنياً وكل ما كان كذلك فكل جزء منه بمنزلة الابتداء فكان العيب حادثاً قبل القبض وذلك يوجب الخيار كافي البيع وعلى هذا الفرق بين أن يكون العيب حادثاً بعد قبض المستأجر أو قبله لان الذي حدث بعد قبض المستأجر كان قبل قبض المعقود عليه وهو المنافع ثم المستأجر اذا استوفى المنفعة فقد رضى بالعيب فيلزمه جميع البدل كافي البيع فان المشتري اذا رضى بالمبيع المعيب ليس له الرجوع بذلك وكذا اذا أزال المؤجر ما به من العيب لا خيار للمستأجر لزوال سببه (واذا خربت الدار وانقطع شرب الضيعة أو انقطع الماء عن الرحي انفسخت الاجارة) وهذا قول بعض (٣٣٠) أصحابنا وصحح النقل هذا القائل بما ذكر في كتاب البيوع ولوسقطت

الدار كلها فلا يجوز أن يخرج سواه كان صاحب الدار شاهداً أو غائباً فيه إشارة الى أن عقد الاجارة يفسخ بانهدام الدار لانه لو لم يفسخ العقد لشرط حفرة صاحب الدار لانه رد بعيب وهو لا يصح الاحتجزة المالك بالاجماع واستدل المصنف على ذلك بقوله (لان المعقود عليه قد فاته وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن أحبا بنامن قال ان العقد لا يفسخ لان المنافع قد فاته على وجه يتصور عودها فأنشبه الباقي في البيع قبل القبض وعن محمد أن الأجر لو بناها ليس للمستأجر أن يمنع ولا لا أجر وهذا تنصيص منه على أنه لم يفسخ لكنه يفسخ (ولو انقطع ماء الرحي والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته) لانه جزء من المعقود عليه قال (واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز

الدار كلها فلا يجوز أن يخرج سواه كان صاحب الدار شاهداً أو غائباً فيه إشارة الى أن عقد الاجارة يفسخ بانهدام الدار لانه لو لم يفسخ العقد لشرط حفرة صاحب الدار لانه رد بعيب وهو لا يصح الاحتجزة المالك بالاجماع واستدل المصنف على ذلك بقوله (لان المعقود عليه قد فاته وهي المنافع المخصوصة قبل القبض فشابه فوت المبيع قبل القبض وموت العبد المستأجر ومن أحبا بنامن قال ان العقد لا يفسخ لان المنافع قد فاته على وجه يتصور عودها فأنشبه الباقي في البيع قبل القبض وعن محمد أن الأجر لو بناها ليس للمستأجر أن يمنع ولا لا أجر وهذا تنصيص منه على أنه لم يفسخ لكنه يفسخ (ولو انقطع ماء الرحي والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته) لانه جزء من المعقود عليه قال (واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز

ذكر باب الفسخ آخر الانفسخ العـ قد بعد وجود العقد لا محالة فناسب ذكره آخر (قوله واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لانه لو بقي العقد تصير المنفعة المملوكة به أو الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز (قال في العناية لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولاً لا يتقال ما لم يملك المورث الى الوارث انتهى كلامه (أقول) فيه بحث لانه قد مر في أول باب الأجر متى يستحق أن الاجرة تملك بأحد معان ثلاثة إما بشرط التجهيل أو بالتجهيل من غير شرط أو باستيفاء المعقود عليه فلو قلنا بالانتقال في الصورتين الأولين فيما اذا مات المؤجر لم يلزم القول بانتقال ما لم يملك المورث الى الوارث لان المورث قد كان ملك الاجرة في حال حياته بتجهيل الاجرة أو بشرط تجهيلها فالتعليل الذي ذكره صاحب العناية وان تم في حق المنفعة لم يتم في حق

واستدل على ذلك بأن المنافع فاته على وجه يتصور عودها فأنشبه باق العبد المبيع (قوله ولو انقطع ماء الرحي والبيت مما ينتفع به لغير الطحن فعليه من الأجر بحصته لانه جزء من المعقود عليه) أوردته استشهاده على أنه لا يفسخ بانقطاع الماء قال (واذا مات أحد المتعاقدين وقد عقد الاجارة لنفسه انفسخت) لانه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به أو الاجرة المملوكة لغير العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لا يجوز (لان انتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة لان عقد الاجارة ينعقد ساعة فساعة على المنافع فلو قلنا بالانتقال كان ذلك قولاً لا يتقال ما لم يملك المورث الى الوارث

(قوله لانه لو بقي العقد صارت المنفعة المملوكة به الخ) أقول قوله يـ زائد لا طائل تحته بل محل قال المنفعة ليست مملوكة للوارث بالعقد وهو ظاهر ولعله زاد من الناسخ ويجوز أن يقال الام متعلق بمسحقة لا بما مملوكة وقوله لانه ينتقل مبني على الغرض والتقدير والمعنى لو بقي العقد يلزم أن تصير المنفعة التي ملكها المستأجر بالعقد لقيام العقد وبقيائه مستحقة لغير العاقد بالعقد ثم أقول المراد من غير العاقد في قولنا مستحقة لغير العاقد بالعقد هو المستأجر

وأما إذا عقد هالغيره كالوكيل والوصي والمتولي في الوقف ( لم تنفسخ لانه دام ما أشرنا اليه ) وهو ضرورة المنفعة لغيره العاقد مستحقة بالعقد لانه ينتقل بالموت الى الوارث وذلك لايجوز لان الانتقال من المورث الى الوارث لا يتصور في المنفعة والاجرة المملوكة فانه في الابتداء كان واقع العاقد وبقى بعد الموت كذلك ونفوض بما اذا استأجر دابة الى مكان معين فبات صاحب الدابة في وسط الطريق فان المستأجر ان يركب الدابة الى المكان المسمى بالاجر فقدمت أحد المتعاقدين وقد عقد لنفسه ولم ينفخ العقد واجب بأن ذلك للضرورة فانه يخاف على نفسه وماله حيث لا يجسد دابة أخرى في وسط المعازة ولا يكون معه قاض يرفع الامر اليه فيستأجر الدابة منه حتى قال بعض مشايخنا ان وجدته دابة أخرى يحمل عليه امتاعه ( ٣٣١ ) تنقض الاجارة وكذا الوصية في موضع فيه

قاض تنقض الاجارة لانه لا ضرورة الى ابقاء الاجارة مع وجود ما ينافي البقاء وهو موت المؤجر واذا ثبتت الضرورة كان عدم الانفساخ بالاستحسان الضرورى والمستحسن لا يورد نقضا على القياس كنهه من الحياض والاواني ونفوس بما اذا مات الموكل فانه تنفسخ الاجارة ولم يعد لنفسه وليس بلازم فان اقد قلنا ان كلامات العاقد لنفسه انفسخ ولم يلتزم بأن كلاما تنفسخ يكون موت العاقد لان العكس غير لازم في مثله ووجه نقضه هو ان المعنى الذي انفسخ العقد لاجله ادامات العاقد لنفسه وهو ضرورة المنفعة المملوكة او الاجرة المملوكة لغيره من عقده مستحقة بالعقد موجود فيه فالفسخ لاجله قال ( ويصح شرط الخيار في الاجارة ) اذا استأجر دارا سنة على انه أو المؤجر

( وان عقد هالغيره لم تنفسخ ) مثل الوكيل والوصي والمتولي في الوقف لانه دام ما أشرنا اليه من المعنى قال ( ويصح شرط الخيار في الاجارة ) وقال الشافعي رحمه الله لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكاله لو كان الخيار له لقوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكال وكل ذلك يمنع الخيار ولنا أنه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس فجاز اشتراط الخيار فيه كالبيع والجامع بينهما دفع الحاجة وفوات بعض المعقود عليه في الاجارة لا يمنع الرد بخيار العيب فكذا بخيار الشرط

الاجرة والظاهر في تعليل هذه المسئلة أن يفصل فيستدل على انفساخ الاجارة بموت كل واحد من المؤجر والمستأجر بعلة مستقلة كما وقع في الكافي وكثير من الشروح سيما في النهاية تنقلا عن المبسوط حيث قال فيها ولنا طريقان أحدهما في موت المؤجر فنقول المستحق بالعقد المنافع التي تحدث على ملك المؤجر وقد فوات ذلك بموته فتبطل الاجارة لقوات المعقود عليه لان رغبة الدار تنتقل الى الوارث والمنفعة تحدث على ملك صاحب الرقبة لما أن الاجارة تتحدد في حق المعقود عليه بحسب ما يحدث من المنفعة وليس له ولاية الزام العقد في ملك الغير والطريق الآخر في موت المستأجر أنه لو بقي العقد بعد موته انما يبق على أن يخلفه الوارث والمنفعة المجردة لا تورث ألا ترى أن المستعير اذا مات لا يخلفه وارثه في المنفعة وقد بينا أن المستعير مالك للمنفعة وهذا لان الورثة خلافة ولا يتصور ذلك الا فيما يبق وقتين يكون ملك المورث في الوقت الاول ويخلفه الوارث فيه في الوقت الثاني والمنفعة الموجودة في حياة المستأجر لا تبقى لتورث والتي تحدث بعدهم لم تكن مملوكة له يخلفه الوارث فيها فمالك لا يسبق الوجود واذا ثبت انتفاء الارث تعين بطلان العقد كعقد النكاح يرتفع بموت الزوج لان وارثه لا يخلفه فيه كذا في المبسوط الى هنا لفظ النهاية ( قوله وقال الشافعي لا يصح لان المستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكاله لو كان الخيار له لغوات بعضه ولو كان للمؤجر فلا يمكنه التسليم أيضا على الكال وكل ذلك يمنع الخيار ) أقول في هذا الدليل للشافعي شيء وهو انه قد تقرر عندهم أن الاجارة على نوعين نوع يرتفع بالعقد فيه على العمل كاستئجار رجل على صبح ثوب أو خياطته ونوع يرتفع بالعقد فيه على المنفعة كاستئجار دار للسكنى وأرض للزراعة والدليل المزبور لا يتشبه في النوع الاول أصلا لان عدم امكان رد المعقود عليه بكاله وعدم امكان تسليمه أيضا على الكال انما ينشأ من أن يتلف شيء من المعقود عليه بمضى مدة الخيار كاتبه عليه في الكافي والشروح وفي العقد على العمل لا يتلف شيء من المعقود عليه قبل العمل قطعوا كذا لا يتشبه في بعض من النوع الثاني وهو ما لا يتعين المعقود عليه فيه بالمدة بل بتعين بالتسمية كاستئجار دابة يعمل عليها مقدار معلوما أو

فيما بالخيار ثلاثة أيام فهو جائز عندنا ( وفي أحد قول الشافعي لا يجوز لان الخيار ان كان للمستأجر لا يمكنه رد المعقود عليه بكاله لغوات بعضه وان كان للمؤجر فلا يمكنه تسليمه على الكال لذلك وكل ذلك يمنع الخيار ) وهذا بناء على أصله ان المنافع جعلت في الاجارة كالأعيان القائمة وفوات بعض العين في البيع يمنع الفسخ فكذا ههنا ( ولنا انه عقد معاملة لا يستحق القبض فيه في المجلس وكل ما هو كذلك جاز اشتراط الخيار فيه والجامع دفع الحاجة ) فانه لما كان عقدا معاملة يحتاج الى التروى لئلا يقع فيه الغبن ( وفوات بعض المعقود عليه فيه لا يمنع الرد بخيار العيب ) كما تقدم ( فكذا بخيار الشرط ) قوله عقد معاملة احتراز عن النكاح وقوله لا يستحق القبض فيه في المجلس احتراز عن الصرف فان الخيار فيها لا يصح



رجح (ببشرط بيع) بمعنى يهونه وهو باب بعض المعهود عليه (وإنما كان قوته في الإجارة لا يمنع الرد وفي البيع يمنع لأن رد الكل في البيع ممكن دون الإجارة فيشترط فيسهل دونها) لأن التكليف إنما يكون بحسب الواسع (ولهذا) أي ولأن رد الكل ممكن في البيع دون الإجارة (يجبر المستأجر على القبض إذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة) لأن التسليم بكماله غير ممكن وهذا عندنا خلافاً للشافعي قال في المبسوط إذا استأجر داراً سنة فلم يسلمها إليه حتى مضى شهر وقد طلب التسليم أولاً يطلب ثم تحا كالميسر أن يمنع من القبض في بقية السنة عندنا ولا للمؤجر أن يمنعه (٢٢٣) عن ذلك وقال الشافعي رحمه الله للمستأجر أن يفسخ العقد فيما بقي بناء على الأصل الذي

بخلاف البيع وهذا لأن رد الكل ممكن في البيع دون الإجارة فيشترط فيه دونها ولهذا يجبر المستأجر على القبض إذا سلم المؤجر بعد مضي بعض المدة (وقفسخ الإجارة بالاعذار) عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا تقفسخ إلا بالعيب لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقد عليها فأشبه البيع ولأن المنافع غير مقبوضة وهي المعفود عليها فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به إذا لمعني بجمعها وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه لا يتحمل ضرراً ثم لم يستحق به وهذا هو معنى العذر عندنا (وهو كمن استأجر حذاءً ليقطع ضرره لو جع به فسكن الوجع أو استأجر طباً خالطه به طعام الوليمة فاختلعت منه (تفسخ الإجارة) لأن في المضي عليه الزام ضرراً ثم لم يستحق بالعدول (وكذا من استأجر داراً كالأجر في السوق ليخبر فيه فذهب ماله وكذا من أجزد كالأجر أو داراً ثم أفلس ولم يمتد ديون لا يقدر على قضاء الأبن ما أجزد ففسخ القاضي العقد وباعها في الديون) لأن في الجري على موجب العقد الزام ضرراً ثم لم يستحق بالعقد وهو الحبس لأنه قد لا يصدق على عدم مال آخر ثم قوله ففسخ القاضي العقد إشارة إلى أنه يقتصر إلى قضاء القاضي في النقص وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين

يركبها مسافة سماها وإنما يمتشي ذلك فيما يتعين المعفود عليه فيه بالمدة من النوع الثاني كاستئجار دار للسكنى فكان الدليل المزبور فاء مراعى إفاضة ما ادعاه الشافعي من عدم صحة شرط الخيار في عقد الإجارة مطلقاً فليتل (قوله) وإن المنافع غير مقبوضة وهي المعفود عليها فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به (الح) قال ابن العزقول بفسخ الإجارة بالاعذار وموت أحد المتعاقدين من غير نص ولا إجماع ولا قول صحابي بل بجبر الاعتبار بالفسخ بالعيب فيه نظر فإنه عقد لازم ولا زالت الاعذار تحدث في عقود الإيجارات وقد يموت أحد المتعاقدين قبل انقضاء المدة ولم ينقل عن الأصحاب الفسخ بذلك ولو كانت الإجارة تقبل الفسخ بذلك لنقل لتوفر الهمم على نقل مثله لاحتياج الناس إليه وقد نقل عنهم ما هو دون ذلك وجهور العلماء على القول بعدم الفسخ للعذر وإن كانوا قد اعتبروا العذر الكامل فيما لو كثر من يقلع ضرره فبراً وانقلع قبل قلعه أو كثر كالأليكم لعمته فبراً أو ذهبت فلا يقاس عليه ما هو دونه إلى هنا كلامه (أقول) نظره ساقط جداً إذ لا يلزم من أن لا يتحقق نص ولا إجماع ولا قول صحابي في حق فسخ الإجارة بالاعذار أن لا يصح القول بذلك فإن القياس أحد الأدلة الشرعية الأربعة على ما تقر في علم الأصول فيمكن تحقيق ذلك في إثبات حكم شرعي وقد تحقق فيما نحن فيه كما أشار إليه المصنف بقوله فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به وبين الجامع بقوله إذا لمعني بجمعها وهو عجز العاقد عن المضي في موجهه لا يتحمل

بناءً أن المنافع عنده في حكم الأعيان القائمة فإذا فات بعض ما تناوله العقد قبل القبض بخير فيما بقي لا يحد الصفقة وقد تفرقت عليه قبل التمام وذلك ثبت حق الفسخ قلنا الإجارة عقود متفرقة فلا يمكن فيها تفرق الصفقة وعلى هذا يكون قوله ولهذا يجبر المستأجر بيان فرع آخر لنا لا استنبهنا حيث لم يكن الخلف قائماً لا به قال (وتفسخ الإجارة بالاعذار عندنا) تفسخ الإجارة بالاعذار عندنا (وعند الشافعي لا تفسخ إلا بالعيب) بناءً على ما مر مراراً (لأن المنافع عنده بمنزلة الأعيان حتى يجوز العقد عليها) فكانت كالعيب والبيع لا يفسخ بالعذر فكذلك الإجارة ولأن المنافع غير مقبوضة وهي المعفود عليها فصار العذر في الإجارة كالعيب قبل القبض في البيع فتفسخ به كالبيع (إذا لمعني الجوز للفسخ بجمع

الإجارة والبيع جميعاً وهو) أي المعنى الجامع (عجز العاقد عن المضي في موجب العقد لا يتحمل ضرراً ثم لم يستحق ضرر به وهذا هو معنى العذر عندنا) والشافعي مجبوج بما إذا استأجر رجلاً ليقطع ضرره لو جع ثم زال الوجع أو استأجر انساناً ليتخذ وليمة العرس فأتت العروس أو استأجر رجلاً ليقطع يده لا كلة وقعت بها ثم برأت فأنه لا يجبر المستأجر على قلع الضرر وانخاذ الوليمة وقطع اليد لا محالة لأن في المضي عليها الزام ضرر ثم لم يستحق بالعقد وكذا الباقي ثم ذكر اختلاف الروايات في الاحتياج إلى الحاكم قال (ثم قوله) أي قول القدوري في المختصر (فسخ القاضي إشارة إلى الاقتدار إليه في النقص وهكذا ذكر في الزيادات في عذر الدين

(قوله) أن المنافع عنده بمنزلة الأعيان (الح) أقول نفسها بدون إقامة الدار مقامها مثلاً

قال في الجامع الصغير وكل ما ذكرناه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي (وذكر وجه الاول انه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي) وفيه ما مر غير مرة وصحح شمس الاثمة السرخسي ما ذكر في الزيادات (وصحح قاضيان والمجربى قول من وقف فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر) أي لكونه ظاهرا (وان كان غير ظاهرا) كالدين (يحتاج الى القضاء لظهور العذر) أي لان يظهر العذر (قوله ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدله من السفر) أي ظهر له فيه رأى منعه عن ذلك ظاهرا خلا مواضع بينها (قوله ومن أجزعه ثم باعه فليس بعذر) (٣٣٣) هو لفظ أصل الجامع الصغير لكن

هل له أن يبيع بعدما أجزه  
اختلفت ألفاظ الروايات  
وقال شمس الاثمة الصحيح  
من الرواية ان البيع  
موقوف على سقوط حق  
المستأجر وليس للمستأجر  
أن يفسخ البيع واليه مال  
الصدر للشهيد وقوله  
(أما الذي يخطب بأجر فرأس  
ماله الخيط والخيط  
والمقراض فلا يتحقق فيه  
الافلاس) قيل وقد يتحقق  
افلاسه بأن تظهر خبائثته  
عند الناس فيمتنعون  
عن تسليم الثياب اليه أو  
يلحقه ديون كثيرة  
ويصير بحيث ان الناس  
لا يأتمنونه على أمتعتهم  
(قوله ومن استأجر غلاما  
يخدمه في المصر ثم سافر  
فهو عذر) قيل فان قال  
المؤجر انه لا يريد السفر  
ولكنه يريد فسخ الاجارة  
وأصر المستأجر على دعوى  
السفر فالقاضي يسأله عن  
يسافر معه فان قال فلان  
وفلان فالقاضي يسأله  
ان فلانا هل يخرج معكم

وقال في الجامع الصغير وكل ما ذكرناه عذر فان الاجارة فيه تنتقض وهذا يدل على انه لا يحتاج فيه الى قضاء القاضي ووجهه أن هذا بمنزلة العيب قبل القبض في البيع على ما مر فينفرد العاقد بالفسخ ووجه الاول أنه فصل مجتهد فيه فلا بد من الزام القاضي ومنهم من وفق فقال اذا كان العذر ظاهرا لا يحتاج الى القضاء لظهور العذر وان كان غير ظاهرا كالدين يحتاج الى القضاء لظهور العذر (ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدله من السفر فهو عذر) لانه لو مضى على موجب العقد يلزمه ضرر رائد لانه ربما يذهب للرجوع فذهب وقته أو لطلب غيره فحضر أو للتجارة فافتقر (وان بدأ المكاري فليس ذلك بعذر) لانه يمكنه أن يقعد ويبعث الدواب على يد تلميذه أو أجيره (ولو مرض المؤجر فعد ذلك الجواب) على رواية الاصل وروى الكرخي عن أبي حنيفة أنه عذر لانه لا يعرى عن ضرره بدينه عند الضرورة دون الاختيار (ومن أجزعه ثم باعه فليس بعذر) لانه لا يلزمه الضرر بالمضى على موجب عقد وانما يفوته الاستمرار وانما أمر رائد (واذا استأجر الخياط غلاما فامس وترك العمل فهو العذر) لانه يلزمه الضرر بالمضى على موجب العقد لفوات مقصوده وهو رأس ماله وتأويل المسئلة خياط يعمل لنفسه أما الذي يخطب بأجر فرأس ماله الخيط والخيط والمقراض فلا يتحقق الافلاس فيه (وان أراد ترك الخياطة وان يعمل في الصراف فليس بعذر) لانه يمكنه أن يقعد الغلام للخياطة في ناحية وهو يعمل في الصراف وهذا بخلاف ما اذا استأجر دابة للخياطة فأراد أن يتركها ويشتغل بعمل آخر حيث جعله عذرا ذكره في الاصل لان الواحد لا يمكنه الجمع بين العملين أما ههنا العامل شخصان فأمكنهما (ومن استأجر غلاما يخدمه في المصر ثم سافر فهو عذر) لانه لا يعرى عن الزام ضرر رائد لان خدمة السفر أشق وفي المنع من السفر ضرر وكل ذلك لم يستحق بالعقد فكون عذرا (وكذا اذا أطلق) لما مر أنه يتقيد بالحضر بخلاف ما اذا أجزعه ثم سافر لانه لا ضرر اذا المستأجر يمكنه استيفاء المنفعة من العقود عليه بعد غيبته حتى لو أراد المستأجر السفر فهو عذر لما فيه من المنع من السفر والزام الاجر بدون السكنى وذلك نمر

ضرر رائد لم يستحق بالعقد وانما لا يجوز الاستدلال بالقياس لو رد ونص يدل على خلاف ذلك أو انعقاد اجماع على خلاف ذلك ولم يقع شيء منهم ما قسمنا نحن فيه وكون عند الاجارة عقد الازام وكثرة حدوث الاعذار في عقود الاجارات مما لا يقدح أصلا في العمل بالقياس في حكم فسخ عقد الاجارة بالاعذار وكذا مجرد أن لا يتقبل الفسخ بذلك عن الصحابة لا يقدح في صحة القياس عند تحقق شرائطه والماصل ان جعله ما ثبت به في ترويح نظره ههنا أضعف من بيت العنكبوت ثم ان ذكره كله منقوض بما اعترف به من ان العذر الكامل معتبر فانه لا يرد في ذلك العذر أيضا نص ولم ينعقد عليه اجماع ولا يتقبل عن الصحابة فيه شيء فلهذا في ذلك أيضا هو القياس

أولاهن قالوا ثبت العذر والافلا وقيل ينظر القاضي الزية وثيابه فان كانت ثيابه ثياب السفر يجعله مسافرا والافلا وقيل اذا أنكر المؤجر السفر فاقول قوله وقيل يحلف القاضي المستأجر بانته عذرت على السفر

(قوله وفيه ما مر غير مرة) أقول من أن خلاف الشاعبي متأخر فكيف يبنى أتمتاما قالوا من جواب المسئلة على خلافه وجوابه جل الاجتهاد على اجتهاد من تقدم ودعوى انتفاء غير مسلمة قال المصنف (ومن استأجر دابة ليسافر عليها ثم بدله الخ) أقول فاعل بدا مضمرا والمعنى بدله رأى أي ظهر له رأى يمنع من السفر

﴿ مسائل منشورة ﴾

معنى المسائل المنشورة قد تقدم وحصد الزرع أي حذره والحصاد جمع حصيد وحصيده وهما الزرع المحصود والمراد بهما ما يبقى من أصول القصب المحصود في الأرض ومعناه ظاهر وقيل هذا إذا كانت الرياح هادئة قال في النهاية بالنون من هـ دن أي سكن وفي نسخة هادئة من هـ دن بالهمز أي سكن وهذا التفصيل الذي ذكره من الهادئة والمطرية اختيار شمس الأئمة السرخسي (قوله وإذا أقعد الخياط الخ) يعني إذا كان الخياط أو الصباغ معروفاً وهو رجل مشهور عند الناس وله جاه ولكنه غير حاذق فأقعد في ذلك رجلاً حاذقاً ليتقبل صاحب الدار العمل من الناس (٣٣٤) ويعمل الحاذق وجعل ما يحصل من الأجرة بينهم نصفين جازاً استخساناً وفي القياس

﴿ مسائل منشورة ﴾

قال (ومن استأجر أرضاً واستعارها فأحرق الحصاد فاحترق شيء من أرض أخرى فلا ضمان عليه) لأنه غير متعدي في هذا السبب فأنشبه حافر البئر في دار نفسه وقيل هذا إذا كانت الرياح هادئة ثم تغيرت أما إذا كانت مضطربة يضمن لأن موقد النار يعلم أنها لا تستقر في أرضه قال (وإذا أقعد الخياط أو الصباغ في حاقونه من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز)

﴿ مسائل منشورة ﴾

أي مسائل نثرت عن أمكنها ذكر هذه الأقسام (قوله وإذا أقعد الخياط أو الصباغ في حاقونه من يطرح عليه العمل بالنصف فهو جائز) صورة المسئلة إذا كان الخياط أو الصباغ دكاناً معروفاً وهو رجل مشهور عند الناس وله وجهة ولكنه غير حاذق فيقع في ذلك رجلاً حاذقاً ليتقبل العمل من الناس ويعمل ذلك الرجل على أن ما أصاب من شيء فهو بينهم نصفان وهذا في القياس فاسد لأن رأس مال صاحب الدار كان المنفعة والمنفعة لا تصلح رأس مال الشركة ولأن المتقبل للعمل إن كان صاحب الدار كان فالعامل أجبره بالنصف وهو مجبور لأن الأجرة إذا كانت نصف ما يخرج من عمله كانت مجبولة لا محالة وإن كان المتقبل هو العامل فهو مستأجر لو وضع جلوسه من ذلك نصف ما يعمل وذلك أيضاً مجبور والطحاوي أخذ في هذه المسئلة بالقياس وقال القياس عند أبي من الاستخسان وفي الاستخسان يجوز هذا لأن هذا شركة التقبل في العمل بأبدانهم ماسواً فيصير رأس مال أحدهما التقبل ورأس مال الآخر العمل وكل واحد منهما ما يجب به الأجر فجاز كذا في النهاية والكفاية وقال صاحب العناية وجه الاستخسان أن هذه ليست بأجرة وإنما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لأن شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لهما ذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها اهـ كلامه ورد عليه بعض الفضلاء قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس حيث قال فيه بحث فإن تعين أحدهما لتولى القبول ليس بلازم في شركة التقبل ولعل مراده كونه من متناولاتهم في العبارة مسامحة اهـ (أقول) منشأ توهمه جعل الواو في قول صاحب العناية وأحدهما يتولى القبول للعطف وجعل المعنى على بيان تعين أحدهما لتولى القبول في شركة التقبل وليس شيء من ذلك مجرد ادب الواو فيه للحال

لا يجوز لأن رأس مال صاحب الدار كان المنفعة وهي لا تصلح رأس مال الشركة ولأن المتقبل للعمل على ما ذكر صاحب الدار كان فيكون العامل أجبره بالنصف وهو مجبور وإن تقبل العمل العامل كان مستأجر الموضع جلوسه من ذلك نصف ما يعمل وهو مجبور والطحاوي رحمه الله مال إلى وجه القياس وقال القياس عند أبي من الاستخسان وجه الاستخسان أن هذه ليست بأجرة وإنما هي شركة الصنائع وهي شركة التقبل لأن شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما يتولى القبول من الناس والآخر يتولى العمل لهما ذاقته وهو متعارف فوجب القول بجوازها للتعامل بها قال صلى الله عليه وسلم ما رأيت المسلمون حسناً فهو عند الله حسن فأن قيل

شركة التقبل هي أن يشتركا على أن يتقبلا الأعمال وهما ليس كذلك بل هما اشتركا في الحاصل من الأجر أجيب بأن والمعنى الشركة في الخارج تقتضي إثبات الشركة في التقبل فثبت فيه اقتضاء الأدل في كلامهما بالاختصاص أحدهما بالتقبل والآخر بالعمل ذكرنا وتخصيص الشيء بالذکر لا يدل على نفي ما عداه فامكننا إثبات الشركة في التقبل اقتضاء فكأنهما اشتركا في التقبل صريحاً ولو صرح بشركة التقبل ثم تقبل أحدهما وعمل الآخر جاز فكذا هذا هذا هو المذکور في عامة الشروح لما ذكره المصنف فانه قال

﴿ مسائل منشورة ﴾

(قوله فيكون العامل أجبره بالنصف وهو مجبور) أقول وأيضاً هو من قبيل فقير الطحان (قوله وأحدهما يتولى القبول من الناس) أقول فيه بحث فإن تعين أحدهما لتولى القبول ليس بلازم في شركة التقبل ولعل مراده كونه من متناولاتهم في العبارة مسامحة (قوله أجيب بأن الشركة في الخارج) أقول يعني الخارج من العمل

لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ولكن قوله فهذا بوجاهته يقبل وهذا بخذاقته (٢٣٥) يعمل أنسب بشركة التقبل والله أعلم

واذا كانت شركة لا جارة لم  
تضره الجهالة فيما يحصل  
كفاي الشركة وقوله (ومن  
استأجر جبالا يعمل عليه  
محملا) ظاهر والوطاء الفرائس  
والدزج جمع دثار وهو ما يلقي  
عليك من كساء أو غيره قوله  
ورد الزاد معتاد جواب عما  
يقال مطلق العقد ينصرف  
الى المتعارف ومن عادة  
المسافرين انهم بدأ كلون  
من الزاد ولا يردون شيئا مكانه  
ووجهه ان العرف مشترك  
فانه معتاد عند البعض كرد  
الماء والعرف المشترك  
لا يصلح مقيدا فلا مانع من  
العمل بالاطلاق وهو أنهما  
أطلقا العقد على حل قدر  
معلوم في مسافة معروفة  
ولم يقيده بعدد مردمانقص  
من المجهول فوجب جواز  
رد قدر ما تنقص عملا  
بالاطلاق وهو عدم المانع  
والله أعلم

### كتاب المكاتب

قال المصنف (لان هذه  
شركة الوجوه في الحقيقة  
الخ) أقول قال صدر  
الشريعة في شرح الوقاية  
في الهداية جده على  
شركة الوجوه وفيه نظر  
لانه شركة التقبل  
والصنائع فكان صاحب  
الهداية أطلق شركة  
الوجوه عليها لان أحدهما

لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بخذاقته يعمل فينتظم بذلك المصلحة فلا  
تضر ما للجهالة فيما يحصل قال (ومن استأجر جبالا يعمل عليه محملا وراكب الى مكة جازوله المحمل  
المعتاد) وفي القياس لا يجوز وهو قول الشافعي للجهالة وقديفة نفي ذلك الى المنازعة وجه الاستحسان  
أن المقصود هو الركب وهو معلوم والمحمّل تابع وما فيه من الجهالة يرتفع بالصرف الى المتعارف  
فلا يفتنى ذلك الى المنازعة وكذا اذا لم ير الوطاء والدثر قال (وان شاهد الجبال المحمل فهو أجدود)  
لانه أتقى للجهالة وأقرب الى تحقق الرضا قال (وان استأجر بعير يعمل عليه مقدار من الزاد فكل  
منه في الطريق جازله أن يرد عوض ما كل) لانه استحق عليه جلا سمي في جميع الطريق فله أن  
يستوفيه (وكذا غير الزاد من المكبل والموزون) ورد الزاد معتاد عند البعض كرد الماء فلا مانع من  
العمل بالاطلاق

### كتاب المكاتب

والمعنى ان شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما حال كون أحدهما يتولى القبول من الناس  
فيفهم منه بطريق الاولية كون الضمان عليهما حال أن يتوليا القبول من الناس معا فيصير قول  
صاحب العناية هنا بمنزلة قول صاحب الكفاي لان تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما  
وان كان أحدهما يتولى القبول من الناس بجاهه والاخر يتولى العمل لحذاقته اه فلا محذور في عبارة  
صاحب العناية ولا مسامحة ثم اعلم ان صاحب العناية ليس بمنفرد في التعبير بتلك العبارة بل سبقه اليه  
صاحب معراج الدررية حيث قال لان تفسير شركة التقبل أن يكون ضمان العمل عليهما وأحدهما  
يتولى القبول من الناس بجاهه والاخر يتولى العمل لحذاقته وهو متعارف ووجب القول بصحته  
انتهى (قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بخذاقته يعمل فينتظم  
بذلك المصلحة فلا تضر ما للجهالة فيما يحصل) قال الامام الزبيدي في شرح الكنتز قال صاحب الهداية  
هذه شركة الوجوه في الحقيقة فهذا بوجاهته يقبل وهذا بخذاقته يعمل فيه فوجع اشكال فان تفسير  
شركة الوجوه أن يشتر كاعلى أن يشتر يا شيئا بوجوههما وبيعها وليس في هذه بيع ولا شراء فكيف  
يتصور أن تكون شركة الوجوه وانما هي شركة الصنائع على ما بينا الى ههنا كلامه (أقول) ليس  
مراد المصنف بشركة الوجوه في قوله لان هذه شركة الوجوه في الحقيقة ما هو المصطلح عليه المار  
في كتاب الشركة بل مراده بما ههنا ما وقع فيه تقبل العمل بالوجاهة يرشد اليه قوله فهذا بوجاهته يقبل  
وهذا بخذاقته يعمل فيندفع الاشكال ولا يجتمع كونها شركة الصنائع والتقبل على المعنى المصطلح عليه  
في كتاب الشركة وقال صدر الشريعة في شرح الوقاية في الهداية جده على شركة الوجوه وفيه  
نظر لانه شركة الصنائع والتقبل فكان صاحب الهداية أطلق شركة الوجوه عليها لان أحدهما يقبل  
العمل بوجاهته الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء به نقل ما ذكره صدر الشريعة ولا يخفى عليك ان  
في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا انتهى (أقول) ان قول المصنف في الحقيقة ليس للاحتراز عن  
كونها شركة أخرى بل هو للاحتراز عن كونها جارة وان مراده بالحقيقة ما يقابل الظاهر والمصورة  
لا ما يقابل المجاز فالمعنى ان هذه المعاقدة وان كانت بحسب الصورة وظاهر الحال عقد اجارة بالنصف  
الا أنها بحسب حقيقة الحال عقد شركة الوجوه أي عقد شركة التقبل بالوجاهة فلا نبوة عن هذا  
في شيء تأمل تقف

### كتاب المكاتب

يقبل العمل بوجاهته انتهى ولا يخفى عليك أن في قوله في الحقيقة نوع نبوة عن هذا

( ٢٩ - تكمله سابق )

### كتاب المكاتب



جاء في الإجابة ١٠٢٠ - وهذا ما به بعد دعواه لا جاره لمناصبه ان كل واحد منهم ما عقد يستفاد به المال بمقابلته ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة ولهذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعناق يعني أن قوله بمقابلته ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصالة خرج به النكاح والطلاق والعناق على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصالة وقد ذكر في بعض الشروح أنه ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العناق كان أنسب وإلهذا ذكره المحاكم الشهيد في الكافي عقيب كتاب العناق لان الكنية ما كان لها ولو لا حكم من أحكام العتق أيضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست كذلك بل قيمته لرقبة لشخص ومنفعته تغييره وهو أنسب للاجارة لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات وقدم الاجارة شبهها بالبيع من حيث التملك والتمتع فكان أنسب بالقديم والكتابة عقد بين المولى وعبد له بلفظ الكتابة وما يؤدي معناه من كل وجه فقوله عند يخرج تعليق العتق على مال فان المراد به ما يحتاج الى ايجاب وقبول وذلك غير مشروط في التعليق فان التعليق يتم بالمولى كذا في النهاية وأما الاحتراز على مال فانه وان كان عقدا لا يحتاج الى ايجاب والقبول لكنه خرج بقوله بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه والفرق بينهما من حيث المعنى أن المكاتب المجزوع قد يقيادون العتق على مال وسببها ما مر غير مرة من تعليق البقاء المقدور وشرطها (٣٣٦) قيام الرق في المحل وكون المسمى مالا معلوما قدره وجنسه وحكمها من جانب العبد

انفكك الحجر في الحال وثبوت ملك اليد حتى يكون المكاتب أحق بمكاسبه وثبوت الحرية اذا أدى بدل الكتابة وفي جانب المولى ثبوت ولاية مطالبة البدل في الحال ان كانت حالة والملك في البدل اذا قبضه وألفاظها الدالة على ذلك قوله لعبدك كاتبتك على مائة دينار اذا قال قبلت كان ذلك كتابة ولو قال جعلت عليك ألفا تؤديها الى نجوم ما أول نجم كذا وآخره كذا فاذا أديتها أدت حر وان عجزت فأنت رقيق كالكتابة قال

قال (واذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه وقبل العبد ذلك صار مكاتباً) أما الجواز فلقوله تعالى فكاتبوههم ان علمتم فيهم خيرا

قال صاحب النهاية أو رد دعوى الكتابة بدعوى الاجارة لمناصبته ان كل واحد منهم ما عقد يستفاد به المال بمقابلته ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصالة وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعناق اه (أقول) ان قوله وبهذا وقع الاحتراز عن البيع والطلاق والعناق مستدرك بل محتمل لانه يرد عليه أن يقال ان وقع الاحتراز به هذا الذي ذكره عن غير تلك الاشياء المبرئة أيضا فمعنى تخصيص تلك الثلاثة بالذكر وان لم يقع الاحتراز به عن غيرها فافائدة بيان وقوع الاحتراز به عن تلك الثلاثة فقط اذ ينتقص حينئذ ما ذكره في وجه المناسبة بغيرها من الاغيار وبعبارة أخرى انه ان وجب الاطراد في وجوه المناسبات بين كتب هذا الفن لزم أن لا يتحقق شيء من تلك الوجوه في غير ما ذكر فيه فيعلم فيما نحن فيه الاحتراز عن جميع ما عداه فلا معنى لتخصيص الاحتراز عن تلك الاشياء الثلاثة بالذكر وان لم يجب الاطراد فيها بل كفي بتحقيق كل منها فيما ذكر فيه سواء تحقق ذلك في غيره أيضا أم لا لم يكن فائدة في بيان وقوع الاحتراز عما ذكره فيما نحن فيه عن تلك الاشياء الثلاثة سيما اذا لم ينحصر ما يقع الاحتراز بذلك عنه في تلك الثلاثة والتحقيق ان المناسب في وجوه المناسبات بين هذه الكتب هو الاطراد وان الوجه الذي ذكره

(واذا كاتب المولى عبده أو أمته الخ) اذا كاتب المولى عبده أو أمته على مال شرطه عليه بما ذكرنا من الالفاظ الدالة على ذلك وقبل العبد ذلك صار مكاتباً أما جواز هذا العمل من المولى فلقوله تعالى فكاتبوههم ان علمتم فيهم خيرا ودلالته على مشروعية العقد لا تخفى على عارف بلسان العرب سواء كان الامر للوجوب أو لغيره ولما كان مقصود المصنف رحمه الله بيان حكم آخر خلاف المشروعية وهو أن الكتابة عقد واجب أن يعمل أمره ووب أمباح تعرض لذلك بقوله

قال الدميري في شرح المنهاج لكتابة تعليق بصفة تضمنت معارضة متخمة لفظها لا يلا يعرف في الجاهلية قبل وأول من كتب عبد لعروضي الله عبده لله أبو أمية (قوله وذكر في بعض الشروح) أقول يعني غاية البيان (قوله ولهذا ذكره المحاكم الشهيد في الكافي الخ) أقول عبارة الاتقاف ولهذا ذكر المحاكم الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب كتاب العتق ولان الكتابة ما لها العتق بمال والولاء محكم من أحكام العتق أيضا تسمى وبهذا يظهر لك تصرف الشارع في عبارته وتغييره الى ما لا يرضاه صاحبه فان ذكره الولاء لميان مناسبة للعناق لانه ان مناسبة المكاتب للعناق وقوله والكتابة ليست كذلك ان أراد ان يخرجها من كونه كالمكاتب لا يرى أنه اخراج البذل والرقبة ما لا وان أراد أنها ليست بعروض فسلم ولا تمس الحاجة الى المناسبة في جميع أجزائه مفهومه مع أن اعتبار انقضاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم أيضا وكيف والعتق على مال باب من أبوابه وقوله لان نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات محل تأمل فليتأمل

صاحب النهاية ههنا ليس بتحقيق في غير ما نحن فيه أصلا كما يظهر بالنظر في الأصل الصاقي فكان مطردا قسلا  
وجه لتخصيص تلك الأشياء الثلاثة بالذكر من بين ما وقع عنه الاحتراز بذلك الوجهه ثم ان صاحب  
العناية نقل ما ذكر في النهاية وبين المراد منه حيث قال قال في النهاية أورد عقد الكتابة بعد عقد  
الاجارة المناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر  
العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصله ووجه هذا وقع الاحتراز عن البيع والهبة والطلاق والعنق  
يعني ان قوله بمقابلة ما ليس بمال خرج به البيع والهبة بشرط العوض وقوله بطريق الاصله خرج به  
النكاح والطلاق والعنق على ما ل فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصله الى هنا لفظ العناية  
(أقول) في كل واحد من نقله وبيانه اختلال أما في نقله فلا لأن الهبة غير مذكورة في شيء من نسخ  
النهاية وقد ضمها في النقل الى البيع والطلاق والعنق وأما في بيانه فلا لأنه قيد الهبة في البيان بشرط  
العوض وأما لفظه في أثناء النقل ولا شك ان قوله بمقابلة ما ليس بمال يخرجها عن الاطلاق اذ الهبة بلا  
شرط عوض لا مقابلة فيها أصلا فتخرج بقوله بمقابلة ما ليس بمال كما تخرج به الهبة بشرط العوض  
فلا وجه للتقييد في البيان وأيضا لم يكن النكاح مذكورا في نسخ النهاية ولا فيما نقله عنها وقد تعرض  
في البيان لخروج النكاح أيضا بقوله بطريق الاصله ولا يخفى ما فيه وأيضا كان الطلاق والعنق  
مطلقين في المنقول وقد قيد ما في البيان بكونه ما على مال وجعله ما خارجين بقوله بطريق الاصله ولم  
يذكر خروج الطلاق والعنق بغير ما بشئ من القيد مع انهم ما يخرجان بقيد المقابلة في قوله بمقابلة  
ما ليس بمال كما ذكرنا في الهبة بلا شرط عوض فتأمل وقال صاحب غاية البيان ان ذكر المكاتب عقيب  
كتاب العنق كان أنسب واهذا ذكر الحالك الشهيد في الكافي كتاب المكاتب وكتاب الولاء عقيب  
كتاب العنق لان الكتابة ما لها العتق بمال والولاء حكم من أحكام العتق أيضا انتهى ونقله صاحب  
العناية فزيقه حيث قال وذكر في بعض الشروح ان ذكر كتاب المكاتب عقيب كتاب العنق كان  
أنسب ولهذا ذكره الحالك الشهيد في الكافي عقيب كتاب العنق لان الكتابة ما لها الولاء والولاء حكم  
من أحكام العتق أيضا وليس كذلك لان العتق اخراج الرقبة عن الملك بلا عوض والكتابة ليست  
كذلك بل فيها ملك الرقبة لشخص ومنفعته لغيره وهو أنسب للاجارة لان نسبة الذانيات أولى من  
نسبة العرضيات الى هنا لفظ العناية (أقول) في نقله خطأ لان المذكور في كلام صاحب العناية لان  
الكتابة ما لها العتق وقد قال صاحب العناية في النقل لان الكتابة ما لها الولاء وبنهمايون ولا يخفى  
ان مقصود صاحب العناية بقوله لان الكتابة ما لها العتق بيان المناسبة بين العتق والكتابة بقوله  
والولاء حكم من أحكام العتق أيضا بيان المناسبة بين العتق والولاء أيضا وكأن صاحب العناية حسب  
مجموع الكلامين بيانا للمناسبة بين العتق والكتابة فوقع فيما وقع من تغيير العبارة في النقل تدبر ثم ان  
بعض الفضلاء بعد ما تبين ما في نقل صاحب العناية من الخروج عن سنن السداد قصد رد تزيقه  
أيضا فقال وقوله والكتابة ليست كذلك ان أراد به أنها لا اخراج فيه فهو كالمكابرة ألا يرى انه اخراج  
اليد حالا والرقبة ما لا وان أراد به أنها ليست بلا عوض قسم وذات من الحاجة الى المناسبة في جميع  
أجزاء مفهومه مع ان اعتبار انفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم أيضا وكيف والعنق على مال  
باب من أبوابه وقوله لان نسبة الذانيات أولى من نسبة العرضيات - هل تأمل الى هنا كلامه (أقول)  
يمكن دفع ذلك كله بأن مراد صاحب العناية ان العتق اخراج الرقبة عن الملك حالا بلا شرط عوض  
والكتابة ليست كذلك أي ليس فيها اخراج لرقبة عن الملك حالا وليس بالشرط عرض بل بشئ بشرط  
عوض فيسقط ما ذكره ذلك القائل في كل من شق ترديده أما سقوط ما ذكره في شقه الاول فلا لأنه

وهذا ليس أمر إيجاب بأجاء بين الفقهاء

لاشك في أن ليس في الكتابة إخراج الرقبة عن الملك حالا وان وجد فيها مطلق الإخراج وأما سقوط ما ذكره في شقه الثاني فلا أن الكلام في الانسية لا في مجرد المناسبة فلا تخشيه لقوله ولا تنس الحاجة إلى المناسبة في جميع أجزائه مفهومه ثم انما كان مراد صاحب العناية بقوله بلا عوض بشرط عوض لا بشرط لا عوض كما بينا عليه من قبل لم يقد قول ذلك القائل مع أن اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق غير مسلم لأن اعتبار انتفاء العوض في مفهوم العتق مما لا يدعيه أحد وانما يلزم ذلك لو كان المراد بقوله بلا عوض بشرط لا عوض وأما إذا كان المراد به بلا شرط عوض فيسم ما بشرط العوض أيضا إذ قد تقرر في موضعه أن بلا شرط شيء أعم من بشرط شيء ومن بشرط لا شيء فيصير الاعتبار في مفهوم العتق انتفاء اعتبار العوض لا اعتبار انتفاء العوض فيدخل فيه العتق على مال لأن عدم اعتبار شيء ليس اعتبار عدمه كما عرف ثم ان مراد صاحب العناية بالذاتيات في قوله لأن نسبة الذاتيات أولى من نسبة العرضيات ما هو الداخل في المفهوم وبالعرضيات ما هو الخارج عنه إذ قد تقرر في موضعه أن الذاتيات في الأمور الاعتبارية ما اعتبره المعتبر داخلها والعرضيات ما اعتبره خارجها بخلاف الحقائق النفس الامرية في الكتابة كون ملك الرقبة لشخص وهو المولى وكون المنفعة لغيره وهو المكاتب داخل في مفهومها المعتبر عند أهل الشرع وأما العتق فأمر خارج عن مفهومها وانما هو ما لها الحاصل عند أداء كل البدل وكذا الولاء أمر خارج عنه فإنه حكم من أحكام العتق فكان مناسبة الكتابة بالأجارة من حيث الذاتية وبالعتق من حيث العرضية فكانت أنسب للأجارة من العتق ثم ان كثير من الشراح قالوا قدم الأجارة لشبهها بالبيع من حيث التملك والشرايط فكان أنسب بالتقديم \* ثم أقول هذا أمر عجيب منهم فإن مجرد شبههما من بعض الخيئات بالبيع الذي من بينه وبينها كتب كثيرة غير شبيهة بالبيع من تلك الخيئات وغيرها فكيف يجعل ههنا وجهها لتقديمها على الكتابة وهل تقبله الفطرة السليمة والحق عندي أن وجه تقديم الأجارة هو المناسبة الكائنة بينهما وبين ما ذكر قبلها المبينة في صدر كتاب الأجازات فإن تلك المناسبات لما اقتضت ذكر الأجارة عقب ما ذكر قبلها وهو الهبة اقتضت أيضا بالضرورة تقديم الأجارة على المكاتب ولا يفوت أمر التعقيب ثم ان صاحب العناية قال الكتابة عقد بين المولى وعبد بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه من كل وجه اه (أقول) هذا تعريف خال عن التحصيل قريب من تعريف الشيء بنفسه فإن من لا يعلم معنى الكتابة في الشرع لا يعلم أن العقد الجاري بين المولى وعبد بلفظ الكتابة أو ما يؤدي معناه ماذا بل معرفة الثاني تتوقف على معرفة الاول كما لا يخفى ولعل الباعث على وقوع صاحب العناية في هذا المضيق ان صاحب النهاية لما قال وأما الكتابة شرعا فانه عبارة عن عقد بين المولى والعبد بلفظ الكتابة أو بلفظ يؤدي معناه من كل وجه على ما يجي على أداء العبد ما لا معلوما لمقابلة عتق يحصل له عند أدائه اه حسب صاحب العناية ان تعريف الكتابة شرعا قد انتهى عند قوله أو بلفظ يؤدي معناه من كل وجه فقطع به الكلام في كتابه وليس الامر كما حسبه فان قول صاحب النهاية على أداء العبد ما لا معلوما الخ من تمام التعريف متعلق بقوله عقد بين المولى والعبد بيان للعقود عليه والمعقود به يحصل بالمجموع معرفة معنى الكتابة شرعا كما ترى ثم ان الاظهر في تعريفها الشرعي ما ذكر في التكايف والكفاية بأن يقال الكتابة التعرير بد في الحال ورقبة عند أداء المال وما ذكر في الوفاة وغيره ان يقال الكتابة اعتناق المملوك يدا حالا ورقبة ما لا فليتبصر (قوله وهذا ليس أمر إيجاب بأجاء بين الفقهاء) قال تاج الشريعة وصاحب الكفاية خص الفقهاء لأن عند أصحاب الظواهر كداود الاصفهاني ومن تابعه ان هذا أمر إيجاب حتى اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه أن يكتبه

وهذا ليس أمر إيجاب بأجاء الفقهاء وأشار بذلك إلى نفي قول من يقول اذا طلب العبد من مولاه الكتابة وقد علم المولى فيه خيرا وجب عليه أن يكتبه لأن الامر للوجوب

حلتم فاصطادوا وقوله ان علمتم فيهم خيراً مذكور على وفاق العادة فانها جرت على أن المولى انما يكتب عبده اذا علم فيه خيراً وقال في الجملة على الإباحة الغاء للشرط بيان لكونه للنسب وتفسيره أن في الجملة على الإباحة الغاء الشرط لانها ثابتة بدونها بالاتفاق وكلام الله تعالى منزّه عن ذلك وفي الجملة على النسب أعمال له لان النسيبة معلقة به وذلك لان المراد بالخير المذكور على ما قال بعضهم أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضرهم -هم- فالأفضل أن لا يكتبه وان فعل صح فيجب حمله على النسب وأما اشتراط القبول من العبد فسلانه مال يلزمه فلا بد من الالتزام ولا يعتق إلا بأداء كل البذل وهو قول جمهور الفقهاء

وانما هو امر نذوب هو الصحيح وفي الجملة على الإباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه أما التسيبة معلقة به والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضرهم فالأفضل أن لا يكتبه وان كان يصح لو فعله وأما اشتراط قبول العبد فسلانه مال يلزمه فلا بد من التزامه ولا يعتق إلا بأداء كل البذل

اه ( أقول ) بقي اشكال وهو ان صاحب الكشف قال في تفسير هذه الآية وهذا الامر للنسب عند عامة العلماء وعن الحسن ليس ذلك بعزم ان شاء كاتب وان شاء لم يكتب وعن عمر رضي الله عنه هي عزمة من عزومات الله وعن ابن سيرين مثله وهو مذهب داود اه فعلى هذا كيف يتم القول بأن هذا الامر ليس للإيجاب بل بإجماع بين الفقهاء وعمر رضي الله عنه من أجله الصحابة المعروفين بالفقه والرأية وابن سيرين وجه الله تعالى من أعيان التابعين وكبار الفقهاء والصالحين وعن هذا قالوا جالس الحسن أو ابن سيرين يقول عمر وابن سيرين بالوجوب يناقيا ادعاء الإجماع بين الفقهاء في ان ليس هذا الامر للإيجاب اللهم الآن يقال ان ما ذكر في الكشف انما يدل على ان الوجوب في هذا الامر رواية محضة عن عمر وابن سيرين لانه مذهبهم ما المقرر وكلام المصنف بناء على ما كان مذهبا مقرر بين الفقهاء فتأمل وقال صاحب معراج الدراية وبقوله بإجماع الفقهاء يجتزع عن قول داود ومن تابعه وعمر بن دينار وعطاء ورواية صاحب التقريب من أصحاب الشافعي ورواية عن أحمد فانهم قالوا يجب الكتابة إذا سأل العبد اذا كان ذا أمانة وكسب اذا الامر يفيد الوجوب على تقدير علم الخيرية اه كلامه ( أقول ) فيه نظر فان كثيراً من هؤلاء الفقهاء سيما الشافعي وأحمد فكيف يتم الاحتراز بقوله بإجماع الفقهاء عن قولهم بالإيجاب في هذا الامر وقولهم بذلك يناقيا ادعاء إجماع الفقهاء على عدم الإيجاب في هذا الامر فأتى بصح الاحتراز به عنه اللهم الآن يكون مدار الاحتراز على عدم تسليم فقه بعضهم وعلى عدم تسليم ثبوت قول بعضهم بذلك بناء على عدم الاعتماد برواية القول بذلك فتأمل ( قوله وانما هو امر نذوب هو الصحيح ) هذا احتراز عما قال بعض مشايخنا ان الامر للإباحة لا للنسب كما في قوله تعالى وإذا حلتم فاصطادوا وقوله تعالى ان علمتم فيهم خيراً مذكور على وفاق العادة فانها جرت على أن المولى انما يكتب عبده اذا علم فيه خيراً كذا في الشروح ( أقول ) بهم ذوا بما مر آنفاً من قول بعض العلماء يكون الامر فيه للوجوب يظهر اختلال ما ذكره الامام الزاهد في شرح مختصر القسود في المقام حيث قال وانه للنسب بإجماع الأمة انتهى ان قد علم منهم ان كون الامر للنسب في فكاتبهم ليس مما وقع عليه إجماع الأمة بل وقع فيه اختلافهم ولكن المختار هو القول بأنه للنسب كما هو مذهب أكثر العلماء ( قوله وفي الجملة على الإباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه ) تقريره ان في الجملة على الإباحة الغاء الشرط وهو قوله ان علمتم فيهم خيراً لان الإباحة ثابتة بدونها بالاتفاق وكلام الله منزّه عن ذلك كذا في العناية وغيرها واعترض عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه ان مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا اه ( أقول ) هذا ساقط لان معنى عدم اعتبار مفهوم الشرط عندنا أن التقييد بالشرط لا يدل على نفي الحكم عما عداه لان ليس في ذكره فائدة أصلاً فان هذا لا يليق بكلام البشر فضلاً عن كلام خالق القوى والقدر نعم يرد على ذلك منع ان في الجملة على الإباحة الغاء الشرط المذكور بل فيه فائدة وهي اخراج الكلام على مجرى العادة كما صرح به من قال بالإباحة على ما ذكر في عامة الشروح ( قوله والمراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضرهم فالأفضل أن لا يكتبه وان كان يصح لو فعله ) أقول لقائل أن يقول فعلى هذا لا يكون في الجملة على الإباحة الغاء الشرط لان عقد الكتابة يصير بدون الشرط حينئذ مكرهاً لا مباحاً اذ قد تقرّر في علم الأصول ان المباح ما استوى طرفا فعله وتركه وان المكره ما كان طرفاً تركه أولى واذا كان الأفضل عند انتفاء الشرط المذكور على المعنى المزبور أن

( قوله وتقريره أن في الجملة على الإباحة الغاء الشرط ) أقول فيه ان مفهوم الشرط لا اعتبار له عندنا مع أن الشارح ذكر أنه ذكر على وفاق العادة ( قوله وذلك لان المراد بالخير المذكور على ما قيل أن لا يضر بالمسلمين بعد العتق فان كان يضرهم فالأفضل أن لا يكتبه وان كان يصح لو فعله ) الخ أقول فيه بحث فانه على هذا التقرير لا يلزم الغاء الشرط لوجله على الإباحة

فانه اذا لم يعلم فيه خير يكون تركه الكتابة مندوباً لا مباحاً كما لا يخفى



لقوله صلى الله عليه وسلم أجمع عبد كوتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه أى في وقت عتق المكاتب رضى الله عنهم فعند على رضى الله عنه يعتق بقدر ما أدى وعند ابن عباس رضى الله عنهم ما يعتق كما أخذ الصيفة (٣٣٠) من مولا يعنى بنفس العقد لان الصيفة عند ذلك تكتب وعند ابن مسعود رضى الله

عنه يعتق اذا أدى قيمة نفسه وعند زيد بن ثابت رضى الله عنه بما ذكرنا وهو المختار ويعتق اذا أدى جميع بدل الكتابة وان لم يقل المولى اذا أديتها فأنت حر وقال الشافعى رضى الله عنه لا يعتق ما لم يقل كاتبك على كذا على أنك اذا أديته الى فأنت حر لان الكتابة ضم مجسم الى نجم فلو نص على ذلك وقال ضربت عليك ألفا على أن تؤديها الى في كل شهر كذا لم يعتق فكذا هذا ولنا ان موجب العقد ثبت من غير تصريح به وموجه ههنا ضم حربة اليد الحاصل في الحال الى حربة الرقبة عند أداء البذل فيثبت وان لم يصرح به كفى البيع فانه ثبت الملك به وان لم يصرح بكونه موجبه

لقوله عليه الصلاة والسلام أجمع عبد كوتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد وقال عليه الصلاة والسلام المكاتب عبد ما بقي عليه درهم وفيه اختلاف الصحابة رضى الله عنهم وما اخبرناه قول زيد بن ثابت رضى الله عنه ويعتق بأدائه وان لم يقل المولى اذا أديتها فأنت حر لان موجب العقد ثبت من غير التصريح به كفى البيع لا يكتبه كان جانب الترك أولى فيصير عقد الكتابة اذ ذلك مكرها لا مباحا فبنا في قوله فيما قبل وفي الجمل على الاباحة الغاء الشرط اذ هو مباح بدونه فليتأمل (قوله لقوله عليه الصلاة والسلام أجمع عبد كوتب على مائة دينار فأداها الا عشرة دنانير فهو عبد الخ) قال تاج الشريعة فان قلت اختلاف الصحابة في المسئلة وتسكلمهم فيها بالرأى يدل على زيادة الحديث كما عرف ولهذا زيفنا ما روى أصحاب الشافعى أنه عليه الصلاة والسلام قال ابتغوا في أموال اليتامى خيرا كى لا يأكلها الزكاة في إيجاب الزكاة في مال الصبي بأن الصحابة رضى الله عنهم اختلفوا في هذه المسئلة ولم يحتج أحد منهم بهذا الحديث قلت جازاته ما بلغ اليهم انتهى كلامه (أقول) في الجواب بحث لانه مشترك في كل موضع وقع فيه اختلاف الصحابة أن يقال جازان لم يبلغ اليهم الحديث فيلزم أن لا يتم الاستدلال باختلاف الصحابة في مسئلة وتسكلمهم فيها بالرأى على زيادة حديث قط مع انه خلاف ما عرف والاظهر في الجواب أن يمنع كون اختلاف الصحابة في هذه المسئلة بالرأى ويقال يجوز أن يكون اختلافهم فيها باعتبار ورود حديث آخر بخلاف ذلك كما روى أنه عليه الصلاة والسلام قال اذا أصاب المكاتب ميرا وارث بحساب ما عتق منه وروى أنه عليه الصلاة والسلام قال يؤدى المكاتب بحصة ما أدى دية حر وما بقي دية عبد كما ذكر في بعض الكتب والذي يدل على زيادة الحديث انما هو اختلافهم بالرأى لان استعمال الرأى في موضع النص لا يجوز على ما عرف في الاصول (قوله ويعتق بأدائه وان لم يقل المولى اذا أديتها فأنت حر لان موجب العقد ثبت من غير التصريح به كفى البيع) وعند الشافعى لا يعتق ما لم يقل كاتبك على كذا على أنك ان أديته الى فأنت حر قال كثير من الشراح وحاصل الاختلاف بيننا وبينه راجع الى تفسير الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حربة اليد الى حربة الرقبة عند الاداء فكأنه قال أوجب حربة اليد في الحال وحرية الرقبة عند أداء المال ولو نص على هذا عتق عند الاداء كذا هذا وعند الشافعى تفسيرها ضم نجم الى نجم ولو نص عليه بأن قال ضربت عليك ألفا على أن تؤديها الى في كل شهر كذا لم يعتق كذا هذا انتهى كلامهم وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا عن الحواشى الجلالية منقولاً فيها عن المبسوط لا يخفى عليك ان ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف انتهى (أقول) تنصيص المصنف عليه ممنوع كما لا يخفى على الناظر في عبارته ههنا بل لا بعد أن يدعى تنصيصه على خلافه بعد حقيقة حيث قال أما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة وهو الضم انتهى ولئن سلم ذلك فكون الضم المذكور موجب العقد لا ينافي كونه تفسيراً للكتابة لان موجب الشيء من لوازمه وتفسير الشيء بلازمه ليس بعزى كما هو حال الرسوم عامة ولئن سلم ذلك أيضاً فيجوز أن يكون معنى قوله هم راجع الى تفسير الكتاب راجع الى تفسير موجب الكتابة على حذف المضاف كما هو الطريقة الشائعة المسماة بالمجاز بالحذف ومنها قوله تعالى وجاء بك أى أمر بك وقوله تعالى

عنه يعتق اذا أدى قيمة نفسه وعند زيد بن ثابت رضى الله عنه بما ذكرنا وهو المختار ويعتق اذا أدى جميع بدل الكتابة وان لم يقل المولى اذا أديتها فأنت حر وقال الشافعى رضى الله عنه لا يعتق ما لم يقل كاتبك على كذا على أنك اذا أديته الى فأنت حر لان الكتابة ضم مجسم الى نجم فلو نص على ذلك وقال ضربت عليك ألفا على أن تؤديها الى في كل شهر كذا لم يعتق فكذا هذا ولنا ان موجب العقد ثبت من غير تصريح به وموجه ههنا ضم حربة اليد الحاصل في الحال الى حربة الرقبة عند أداء البذل فيثبت وان لم يصرح به كفى البيع فانه ثبت الملك به وان لم يصرح بكونه موجبه

(قوله وعند ابن عباس رضى الله عنه ما يعتق الى قوله تكتب) أقول فيه تأمل (قوله ولنا ان موجب العقد ثبت من غير تصريح الخ) أقول قال في الحواشى الجلالية نقلا من المبسوط فكان حاصل الاختلاف بيننا وبينه راجعاً الى تفسير

الكتابة فعندنا تفسيرها شرعا ضم حربة اليد الى حربة الرقبة عند الاداء فكأنه قال أوجب حربة اليد في الحال وحرية الرقبة عند الاداء ولو كان نص على هذا لكان يعتق عند الاداء كذا هذا وعند الشافعى تفسيرها ضم نجم الى نجم لا ضم حربة الى حربة انتهى لا يخفى عليك أن ما ذكره من الضم ليس بتفسير الكتابة بل موجب العقد كما نص عليه المصنف

ولا يجب حط شيء من البذل اعتبارا بالبيع وقال الشافعي يستحق عليه حط ربيع البذل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فإن الأمر المطلق للوجوب والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفية جدا لأنه قال من مال الله وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات فكان الله أمرنا أن نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأمور به الاتباع وهو الإطاعة والخط لا يسمى إعطاء والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على حط ربيع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به النذب كالذي في قوله فكاتبوهم لا ينال القرآن في النظم لا يجب القرآن في الحكم لأننا لم نجعل القرآن موقفا بل نقول الأمر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك قال (ويجوز أن يشترط المال حالا) بدل الكتابة يجوز أن يشترط كونه حالا ومؤجلا غير منجم ومنجما عندنا (وقال الشافعي لا بد من نجهين لأنه عاجز عن التسليم في قليل من الزمان) لخروجه من يدمولا (٣٣١) مفلسا ولم يكن قبل العقد أهلا للملك

المال والعاجز عن التسليم لا بد منه من أجل بقدره على تسليم البذل فإن قيل المسلم إليه عاجز عن التسليم لأنه لو قدر عليه لما رضى بأخس البذلين فلا بد منه من أجل أجاب بقوله (بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك قبل العقد لكونه حرا فكان احتمال القدرة بابتنا وقد دل الإقدام على العقد عليها فثبت) ولقائل أن يقول احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت لأن المسلمين مأمورون بعاتته والطرق منسعة استدانة واستقراض واستئجار واستعانة بالزكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دل الإقدام على العقد عليها فثبت (ولنا قوله تعالى فكاتبوهم من غير شرط التحريم ولا أنه

ولا يجب حط شيء من البذل اعتبارا بالبيع قال (ويجوز أن يشترط المال حالا ويجوز مؤجلا ومنجما) وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز حالا ولا بد من نجهين لأنه عاجز عن التسليم في زمان قليل لعدم الأهلية قبله لرق بخلاف السلم على أصله لأنه أهل للملك فكان احتمال القدرة بابتنا وقد دل الإقدام على العقد عليها فثبت ولنا ظاهر ما تلونا من غير شرط التحريم ولأنه عقد معاوضة والبذل معقود به فأشبهه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصلنا لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه ولأن مبنى الكتابة على المساهلة فيه له المولى ظاهر بخلاف السلم لأن مبناه على المضايقة وفي الحال كما امتنع من الاداء يرد إلى الرق

واسئل القرية أي أهل القرية إلى غير ذلك فلا معنى لرد كلام الثقات بما هو وهم محض (قوله ولا يجب حط شيء من البذل اعتبارا بالبيع) وقال الشافعي يستحق عليه حط ربيع البذل وهو قول عثمان رضي الله عنه لظاهر قوله تعالى وآتوهم من مال الله الذي آتاكم فإن الأمر المطلق للوجوب والجواب أن دلالة الآية على ذلك ممنوعة لأنه قال من مال الله وهو يطلق على أموال القرب كالصدقات والزكوات فكان الله تعالى أمرنا أن نعطي المكاتبين من صدقاتنا ليستعينوا به على أداء الكتابة والمأمور به الاتباع وهو الإطاعة والخط لا يسمى إعطاء والمال الذي آتانا الله هو ما في أيدينا لا الوصف الثابت في ذمة المكاتبين فحمله على حط ربيع بدل الكتابة عمل بلا دليل ولو سلم فالمراد به النذب كالذي في قوله فكاتبوهم لا ينال القرآن في النظم لا يجب القرآن في الحكم لأننا لم نجعل القرآن موقفا بل نقول الأمر المطلق عن قرينة غير الوجوب للوجوب وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك كذا في العناية (أقول) فيه نظر لأن قوله تعالى فكاتبوهم لا يصلح أن يكون قرينة لكون الأمر في قوله وآتوهم لغير الوجوب بدون ملاحظة إيجاب القرآن في نظم القرآن في الحكم إذ دلالة في مجرّد كون أمر لغير الوجوب على كون أمر آخر أيضا لذلك حتى يجعل كون الأمر في قوله بعد فكاتبوهم النذب قرينة لكون الأمر في وآتوهم أيضا لذلك (قوله بخلاف السلم على أصله أنه أهل للملك فكان احتمال القدرة بابتنا وقد دل الإقدام على العقد عليها فثبت) قال صاحب العناية ولقائل أن يقول احتمال القدرة في حق المكاتب أثبت لأن المسلمين مأمورون

عقد معاوضة) وهو يعتمد المعقود عليه والمعقود به وجود المعقود عليه لا بد منه لأنه صلى الله عليه وسلم نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان ووجود المعقود به ليس كذلك للإجماع على جواز ابتياع ما لا يملك الثمن (وبدل الكتابة معاوضة عليه لا تخالفه فاشبه الثمن في البيع) والقدرة عليه ليست بشرط فكذا على البذل والمسلم فيه معقود عليه ووجوده شرط وأسببه المبيع فلا بد من القدرة عليه كما عرف من أصلنا وكذا ذكرناه في التقرير مستوفي ولأن مبنى الكتابة على المساهلة لأنه عقد تكرم إذا عبد وما يملكه لمولاه فظاهر من مولاه أن عمله فأن لم يمهله وطأ به بالاداء امتنع عنه برقيقا بالتراضي أو بقضاء الفاني (بخلاف السلم فإن مبناه على المضايقة) فليس الإهمال فيه ظاهرا

(قوله والجواب أن دلالة الآية على ذلك خفية جدا) أقول الاندلسي أن كلامه ان يقول لادلالة في الآية على ذلك (قوله وقوله فكاتبوهم قرينة لذلك) أقول فيه تأمل فإن كونه قرينة مانعة للعمل على الوجوب غير مسلم

ويجوز حالاً (وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء بآثره) لتحقيق الركن منه وهو (الإيجاب والقبول إذا عاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه) ولا يجوز بالنسبة إلى المنافع (وخالفنا الشافعي فيه وهو) أي هذا الخلاف منه (بناء على مسألة أذن الصبي في التجارة) فإنه لا يجوز له لأنه ليس من أهل التصرف فلا يصح الأذن له وعندنا هو من أهل التصرف إذا عاقل العقد ونقصان رأيه يجبر برأى المولى والتصرف نافع فيصح الأذن (بخلاف ما إذا كان لا يعقل العقد لأن القبول لا يتحقق منه والعقد لا يتعقد بدونه حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع) (قوله ومن قال لعبد جعلت عليك ألفاً تؤديها إلى نجوم ما أول نجم كذا وآخره كذا فإذا أديتها فأنت حر) لبيان ما يفيد فائدة الكتابة بلفظها (٣٣٣) فان المجموع المذكور مفيد لذلك فان قوله جعلت عليك كذا على أن تؤديها

قال (ويجوز كتابة العبد الصغير إذا كان يعقل البيع والشراء والبيع) لتحقيق الإيجاب والقبول إذا عاقل من أهل القبول والتصرف نافع في حقه والشافعي يخالفنا فيه وهو بناء على مسألة أذن الصبي في التجارة وهذا بخلاف ما إذا كان لا يعقل البيع والشراء لأن القبول لا يتحقق منه فلا يتعقد العقد حتى لو أدى عنه غيره لا يعتق ويسترد ما دفع قال (ومن قال لعبد جعلت عليك ألفاً تؤديها إلى نجوم ما أول نجم كذا وآخره كذا فإذا أديتها فأنت حر وان عجزت فأنت رقيق فان هذه مكاتبة) لأنه أتى بتفسير الكتابة ولو قال إذا أديت إلى ألفاً كل شهر مائة فأنت حر فهذه مكاتبة في رواية أبي سليمان لأن التخييم يدل على الوجوب وذلك بالكتابة وفي نسخ أبي حفص لا تكون مكاتبة اعتباراً بالتعليق بالأداء مرة قال (واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه)

إلى نجوم ما يحتمل معنى الكتابة ومعنى الضريبة فالمولى يستأدى عبده الضريبة ولا تعين جهة الكتابة ما لم يقبل فإذا أدبت فأنت حر وأما قوله وان عجزت فأنت رقيق ليس بسلام وانما ذكره ثلث العبد على أداء المال عند النجوم والكتابة بدونه صحيحة ولو قال إذا أدبت إلى ألفاً كل شهر مائة فأنت حر اختلفت الرواية في رواية أبي سليمان هو مكاتبة لأن التخييم يدل على الوجوب لأنه يستعمل في التيسير وذلك في المال ولا يجب المال إلا بالكتابة لأن المولى لا يستوجب على عبده ديناً إلا في الكتابة وفي نسخة أبي حفص قبل أي في روايته لا تكون مكاتبة قال فخر الإسلام وهو الأصح اعتباراً بما لو قال إذا أدبت إلى ألفاً في

بأعنته والطرق متسعة استدانة واستقراض واستيهاب واستعانة بازكوات والكفارات والعشور والصدقات وقد دلل الأقدام على العقد عليها فثبت انتهى واقفي أثره الشارح العيني (أقول) هذا السؤال ليس وارد لأنه إن أريد به أن احتمال القدرة قبل العقد أثبت في حق المكاتب فليس بذلك قطعاً إلا أهلية فيه للثبوت قبل العقد قط فاني يثبت له احتمال القدرة على المال قبله فإن أريد به أن احتمال القدرة عقيب العقد أثبت في حقه فهو مسلم ولكن لا يجدي نفعا لأن مدار فرق الشافعي بين الكتابة وبين السلم على أصله انما هو ثبوت احتمال القدرة على المبيع للعاقدة قبل العقد في السلم لتكون العاقدة فيه أهلاً للثبوت قبل العقد بخلاف الكتابة فإن العاقدة فيها ليس بأهل للثبوت قبل العقد فلا يتصور ثبوت احتمال القدرة على البذل قبل العقد وهذا أمر ضروري لا مجال لانكاره فلا وجه للنقاش فيه كما فعله الشارحان المزبوران والحق في الجواب عما قاله الشافعي ههنا أن يسلك طريقة القول بالموجب فيقال سلمنا أن العبد قبل عقد الكتابة لا يملك شيئاً من الأموال ولا يقدر عليه لعدم أهليته للثبوت قبله ولكن ثبوت المالك والقدرة عليه حال العقد انما يشترط في حق المعقود عليه دون المعقود به ألا يرى أن المفلس لو اشترى أموالاً عظيمة أصبح شراؤه وان لم يكن هو مال الكاشي من الثمن وبذل الكتابة معقوده فلا يلزم أن يكون العبد مال كاله حال عقد الكتابة بخلاف المسلم فيه فإنه معقود عليه وقد أشار إليه المصنف فيما بعد حيث قال ولأنه عقد معاوضة والبذل معقود به فأشبهه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه بخلاف السلم على أصله لأن المسلم فيه معقود عليه فلا بد من القدرة عليه اه تدبر

هذا الشهر فأنت حر فإنه لا يكون كتابة والتخييم ليس من خواص الكتابة حتى يجعل تفسيرها لانه يدخل في سائر الديون وقد تحلوا الكتابة عنه ولم يوجد لفظ يختص بالكتابة ليكون تفسيره فلا يكون كتابة قال (واذا صحت الكتابة خرج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه) واذا صحت الكتابة بخلافها على المفسد بعد تحقق مقتضى خروج المكاتب عن يد المولى ولم يخرج عن ملكه

(قوله وكتابة العبد الصغير الذي يعقل البيع والشراء بآثره لتحقيق الركن منه) أقول فيه بحث ثم الظاهر أن يقال فيها بدل قوله منه (قوله) لبيان ما يفيد (الخ) أقول ناظر لقوله قوله ومن قال لعبد الخ (قوله لأنه يستعمل في التيسير وذلك في المال) أقول يعني في المال الواجب وأشار بقوله ذلك إلى التيسير (قوله والتخييم ليس من خواص الكتابة الخ) أقول والتخييم في العبد وجدي في الضريبة وفيه تأمل

(أما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة) لغته (وهو الضم فيضم مالكية يده) الحاصلة في الحال (إلى مالكية نفسه) التي تحصل عند الاداء فان قيل قبل ضم الشيء إلى الشيء يقتضى وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم أجيب بأن مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا الوجع عليه المولى وجب عليه الارش ولو وطئ المكتابة لزمه العقر فيحقق الضم (أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيما ك البيع والشراء والخروج إلى السفر) طويلا كان أو غيره (نهاه المولى عنه أولا) لأن مقصود المولى وهو أداء البدل قد لا يتحقق إلا بالسفر (وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا) من قوله صلى الله عليه وسلم المكاتب عبد ما بقي عليه درهم (ولأنه عقد معاوضة) كما مر (وبناء على المساواة وينعدم ذلك) أى المساواة باعتبار التساوى (أن تجز العتق ويتحقق أن تأخر لانه ثبت بمالك الكتاب نوع مالكية) وهو مالكية اليد (فثبت في ذمته حق من وجه) وهو أصل البدل وإنما كان حقا من وجه لضعفه فإنه ثابت في الذمة مع المنافي إذا المولى لا يستوجب على عبده ديناً ولهذا لا تصحبه (٣٢٣) الكفالة ولو ثبت العتق نأجراً كما

قال به ابن عباس رضي الله عنهما على ما مر فانت المساواة لا يقال المساواة فائنة على ذلك التقدير أيضا لان نوع المالكية ثابت له من كل وجه والحق الثابت عليه من وجه فأن المساواة لان نوع مالكيته أيضا ضعيف لبطالانه بعوده رقيقا (فان تجز المولى عتقه عتق بعتقه) لا بالكتابة

أما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه أو لتحقيق مقصود الكتابة وهو أداء البدل فيما ك البيع والشراء والخروج إلى السفر وإنهاه المولى وأما عدم الخروج عن ملكه فلما روينا ولا لأنه عقد معاوضة وبناء على المساواة وينعدم ذلك بتجز العتق ويتحقق تأخره لأنه يثبت له نوع مالكية وينتبه في الذمة حق من وجه (فان أعتقه عتق بعتقه) لانه مالك رقيقته (وسقط عنه بدل الكتابة) لانه ما التزمه الا بمقابل حصول العتق به وقد حصل دونه قال (واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر) لانها عارت أخص بأجرائها وتسلا إلى المقصود بالكتابة وهو الوصول إلى البدل من جانبه وإلى الحرية من جانبها بناء عليه ومنافع البضع المحقة بالاجزاء والاعيان (وان جنى عليها أو على ولدها لزمته الجناية) لما بينا (وان أتلف ما لا له أغرم) لان المولى كالأجنبي في حق أكسابها ونفسها اذ لو لم يجعل كذلك لا تلفه المولى فيمتنع حصول الغرض المبتغى بالعقد والله أعلم بالصواب

(قوله أما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة وهو الضم فيضم مالكية يده إلى مالكية نفسه) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل أما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة لغته وهو الضم فيضم مالكية يده الحاصلة في الحال إلى مالكية نفسه التي تحصل عند الاداء وقال فان قيل قبل ضم الشيء إلى الشيء يقتضى وجودهما ومالكية النفس في الحال ليست بموجودة فكيف يتحقق الضم أجيب بأن مالكية النفس قبل الاداء ثابتة من وجه ولهذا الوجع عليه المولى وجب عليه الارش وان وطئ المكتابة لزمه العقر فيحقق الضم انتهى كلامه (أقول) فيه خلل لان هذا الجواب يناقض قوله فيما قبل إلى مالكية نفسه التي تحصل عند الاداء لان مقتضى هذا الجواب أن يكون المضموم والمضموم إليه موجودين في الحال ومدلول ما قاله أولا أن يكون المضموم إليه حاصلا عند الاداء في الحال والا يلزم أن يكون قوله التي تحصل عند الاداء لغوا محضاً كما لا يخفى ثم ان بعض الفضلاء بهد أن تنبه لما قلنا قال ولا يخفى علينا أيضاً أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج إلى هذا بل يجوز أن يقال الضم إنما يتحقق حين

(٣٠ - تكملة سابع) (ومنافع البضع المحقة بالاجزاء والاعيان) قابلهما الشرع بالاعيان قال الله تعالى أن تنفقوا بأموالكم وأزعم العقر عند استحقاق الجارية وعند وطئها بشبهة ولو كان الوطء لاخذ المنفعة لمقدّر بقدر الاستعمال وليس كذلك فإنه يلزم بإللاج واحد (وان جنى عليها أو على ولدها لزمه الجناية) وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله لانها عارت أخص بأجرائها

(قوله أجيب بأن مالكية النفس قبل القضاء ثابتة) أقول فيه بحث وما أسرع ما نسي قوله التي تحصل عند الاداء ولا يخفى علينا أيضاً أن الجواب عن هذا السؤال لا يحتاج إلى هذا بل يجوز أن يقال الضم إنما يتحقق حين وجود مالكية النفس على قياس ضم النجم إلى النجم ثم وجوب الارش ولزوم العقر لمالكية اليد لا لمالكية النفس (قوله وينعدم ذلك أى المساواة الخ) أقول فاب قيل اذا أدى المكاتب بعض البدل ملكه المولى ولا يحصل بمقابلته شيء للمكاتب فينتفي التساوى قلنا بل يحصل له تأ كد المالكية ولهذا لا ينبغي محلا للتكفير كما سبق في باب الكفارة قال المصنف (واذا وطئ المولى مكاتبته لزمه العقر) أقول فانه يجب التسهيل ولو شرط وطأها في العقد لا يضر من العقر انتهى وفي غاية البيان في أوائل باب ما يجوز للمكاتب أن يتبعه ما يخالفه



فصل في استنباط الفاسدة في وجه تأخير الفاسدة عن الصحيحة لا يخفى على أحد قال (واذا كاتب المسلم عبده) جمع ههنا أمور يفسد عقد الكتابة فيم أذكر بعضها أصالة وبعضها استشهادا وإذا كاتب المسلم عبده (على خمر أو خنزير أو على قيمة العبد نفسه) أو على ثوب أو دابة أو على ميتة أو دم (فالكتابة فاسدة) أما الخمر والخنزير فلا ثم ما ليس بمال متقوم في حقه فهو لا يستحقه ما فكان عقدا بالبدل وهو فاسد وأما قيمة العبد فلا تهم بجهالة فاحشة لجهالة القدر والجنس والوصف وكذلك الثوب والدابة وأما الدم والميتة فلماذا ذكرنا في الخمر والخنزير بل أولى على ما ذكره وإذا عرف ذلك (فإن أدى الخمر والخنزير عتق) سواء قال له إن أدبت إلى فانت حر أو لم يقل في ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة (وقال زفر لا يعتق) (ع ٣٣) (الاباداء قيمة نفسه لأن البدل) في الكتابة الفاسدة (هو القيمة) كافي البيع الفاسد ووقع في

بعض نسخ الهداية الإبداء قيمة الخمر قيل وهو تخالف لعامة روايات الكتب (وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء عين الخمر لأنه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا) قيل أي بأداء قيمة نفسه (لأنه البدل معنى) قال في النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبا يوسف وإن لا يذكر بكلمة عن قلت صحيح إن كان الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه وأما إذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف (وعن أبي حنيفة أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أدبتها فانت حر لأنه حينئذ يكون العتق بواسطة حصول شرط تعلق

فصل في الكتابة الفاسدة في قال (واذا كاتب المسلم عبده على خمر أو خنزير أو على قيمة نفسه فالكتابة فاسدة) أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم لأنه ليس بمال في حقه فلا يصلح بدلا فيفسد العقد وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة قدرها وبنفسا ووصفا فتفاحشت الجهالة وصار كما إذا كاتب على ثوب أو دابة ولأنه تنصيص على ما هو موجب العقد الفاسد لأنه موجب للقيمة قال (فإن أدى الخمر عتق) وقال زفر لا يعتق الإبداء قيمة نفسه لأن البدل هو القيمة وعن أبي يوسف رحمه الله أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا لأنه هو البدل معنى وعن أبي حنيفة رحمه الله أنه إنما يعتق بأداء عين الخمر إذا قال إن أدبتها فانت حر لأنه حينئذ يكون العتق بالشرط لا بعقد الكتابة وصار كما إذا كاتب على ميتة أو دم ولا فصل في ظاهر الرواية ووجه الفرق بينهما وبين الميتة أن الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند أداء العوض المشروط وأما الميتة فليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه

وجود مال كية النفس على قياس ضم النجم إلى الضم انتهى (أقول) ليس هذا بسديد بدلا كفي لتحقيق الضم حين مال كية النفس لبط ل أصل كلام المصنف وهو قوله أما الخروج من يده فلتحقق معنى الكتابة وهو الضم فإن تحقق الضم حين مال كية النفس لا يتوقف على الخروج من يده في الحال بل يتيسر بالخروج من يده حين مال كية النفس التي تحصل عند الأداء على ما مر وبمبنى السؤال والجواب على تصحيح كلام المصنف فلا بد من المصير إلى تحقيق معنى الضم في الحال

فصل في الكتابة الفاسدة في آخر الكتابة الفاسدة عن الصحيحة لا تحطاط رتبة الفاسدة عن الصحيحة (قوله أما الأول فلأن الخمر والخنزير لا يستحقه المسلم) عبر عن مسئلتى الكتابة على الخمر والكتابة على الخنزير بالاول دون الاولين لاتحادهما في جهة الفساد وهي عدم تحقق المالية في شيء من الخمر والخنزير في حق المسلم فكأنهما ماصارا مسئلة واحدة والافهما مسئلتان مستقلتان في الحقيقة كمسئلة الكتابة على قيمة العبد وقد أومأ إلى هذه المسئلة في بسط نفس المسائل أيضا حيث أعاد كلمة على عند ذكر القيمة دون ذكر الخنزير كما ترى ولهذا عبر عن عقد الكتابة على قيمة العبد بالثاني فقال وأما الثاني فلأن القيمة مجهولة الخ مع أنه في الحقيقة مسئلة ثالثة بلاديب (قوله وعن أبي يوسف أنه يعتق بأداء الخمر لأنه بدل صورة ويعتق بأداء القيمة أيضا لأنه هو البدل معنى) قال صاحب النهاية وهذا الحكم الذي ذكره هو ظاهر

به العتق وصار كما إذا كاتب كتابة على ميتة أو دم) فإنه لا يعتق بتسليم عبدهما. لا إذا قال إن أدبت إلى فانت حر (وجه ظاهر الرواية) وهو الفرق بين الخمر والميتة (أن الخمر والخنزير مال في الجملة فأمكن اعتبار معنى العقد فيه وموجبه العتق عند أداء البدل المشروط بخلاف الميتة فأنه ليست بمال أصلا فلا يمكن اعتبار معنى العقد فيه فاعتبر فيه معنى الشرط وذلك بالتنصيص عليه

فصل في الكتابة الفاسدة في (قوله وأما إذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح) أقول وتطهيره ما سيجي من رواية عن أبي يوسف فيما إذا كاتب عبده على عين بعينه لغيره أنه يجوز في رواية عنه أجاز ذلك صاحب المال أو لم يجز غير أنه عند الإجازة يجب تسليم عبده وعند عدمها يجب تسليم قيمته كفي التكاح ثم المراد من بعض الشروح هو غاية البيان قال في المجموع ويحكم به لادائها عينها أو قيمته انتهى ابن قريته أي قيمة غير الخمر انتهى قوله ويحكم به أي ويحكم أبو يوسف به أي بالعتق

وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسمى في قيمته لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعدر الرذبا لعتق فيجب رد قيمته كافي البيع الفاسد اذا تلف المبيع و) تجب القيمة بالغة ما بلغت (لا ينقص عن المسمى ويزاد عليه لانه عقد فاسد فتجب القيمة عندهلاك المبدل بالغة ما بلغت وهذا) أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت (لان المولى مارضى بالنقصان) سواء كان في المسمى أو في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء (والعبد يرضى بالزيادة) سواء كانت في القيمة أو في المسمى (كي لا يبطل حقه في العتق أصلا) فانه ان لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت به ادراكه شرف الحرية لرعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الخمر (٢٣٥) فكيف يصور بطلان حقه في العتق أصلا بعدم الرضا بالزيادة

ان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه

قال المصنف (ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) أقول قال صدر الشريعة هذه مسألة مبتدأة لا تتعلق لها بمسئلة الخمر والخنزير ومعناها أن القيمة في الكتابة الفاسدة اذا كانت من جنس المسمى فان كانت ناقصة عن المسمى لا ينقص عن المسمى وان كانت زائدة زيدت عليه ووضع المسئلة في المبسوط فيما اذا كانت عبده بألف على أن يخدمه أبدا فالكتابة فاسدة فتجب القيمة فان كانت ناقصة عن الألف لا ينقص وان كانت زائدة زيدت عليه ولا يمتنع على أن ما ذكره من أنه لا يتعلق لها بمسئلة الخمر والخنزير بخلاف المسائل

(وإذا عتق بأداء عين الخمر لزمه أن يسمى في قيمته) لانه وجب عليه رد رقبته لفساد العقد وقد تعدر بالعتق فيجب رد قيمته كافي البيع الفاسد اذا تلف المبيع و) (ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه) لانه عقد فاسد فتجب القيمة عندهلاك المبدل بالغة ما بلغت كافي البيع الفاسد وهذا لان المولى مارضى بالنقصان والعبد يرضى بالزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلا فتجب قيمته بالغة ما بلغت الرواية عند علماءنا الثلاثة على ما ذكره في المبسوط والذخيرة فعلى هذا كان من حقه أن لا يخص أبو يوسف وان لا يذكر بكلمة عن انتهى وقال صاحب العناية بعد نقل ما في النهاية قلت صحيح ان كان الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه وأما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فيجوز أن يكون ذلك غير ظاهر الرواية عن أبي يوسف انتهى وقال الشارح العيني بعد نقل ما في النهاية والعناية جميعا قلت سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم والشارح ما جعلوا الألف واللام في القيمة لا بدلا عن نفسه كما صرح به تاج الشريعة وغيره انتهى (أقول) ما قاله الشارح العيني ليس بشيء أما أولا فلأن ظاهر الرواية انما هو عتقه بأداء الخمر وبأداء قيمة نفسه والمروى عن أبي يوسف ههنا بكلمة عن على تقدير أن يجعل الألف واللام في القيمة بدلا عن الخمر انما يكون عتقه بأداء عين الخمر وبأداء قيمة الخمر وهذا غير ظاهر الرواية قطعا ما لا يلزم من اشتراك الروايتين في أحد الجزأين وهو عتقه بأداء عين الخمر اتحادهما ضرورة اختلافهما بالجزء الآخر وهو عتقه بأداء قيمة نفسه في ظاهر الرواية وعتقه بأداء قيمة الخمر في الرواية الأخرى فقوله سواء جعل الألف واللام في القيمة بدلا عن نفسه أو عن الخمر فعتقه بأداء الخمر هو ظاهر الرواية عندهم لغو محض وأما ثانيا فلأن صاحب غاية البيان من الشرح جعل الألف واللام في القيمة بدلا عن الخمر حيث قال في شرح المقام وأبو يوسف قال ان كل واحد من عين الخمر وقيمتهما بدل الخمر باعتبار الصورة والقيمة باعتبار المعنى فعتق اذا أدى أيهما كان انتهى وأشار إلى ذلك صاحب العناية بقوله وأما اذا كان بدلا عن الخمر كما ذكر في بعض الشروح فقول العيني والشارح ما جعلوا الألف واللام في القيمة لا بدلا عن نفسه ان أراد به الكلية كما هو الظاهر فليس بصحيح والافليس عفيدي (قوله وهذا لان المولى مارضى بالنقصان والعبد يرضى بالزيادة كي لا يبطل حقه في العتق أصلا فتجب قيمته بالغة ما بلغت) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وهذا أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت لان المولى مارضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل فلا يرضى بالنقصان لان بعدم الاخراج

شروح الهداية (قوله وهذا أي وجوب القيمة بالغة ما بلغت) أقول لا يمتنع عليك أن قوله لان المولى مارضى بالنقصان لا يلائم هذا التفسير والظاهر أنه إشارة الى قوله ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه وقوله فتجب قيمته بالغة ما بلغت تفريع على قوله والعبد يرضى الخ (قوله لانه يخرج ملكه في مقابلة بدل الخ) أقول في دلالة على عدم رضا المولى بالنقصان في المسمى تأمل وقوله فلا يرضى بالنقصان ان أراد عن المسمى فسلم لكن مدعاة عام وان أراد عن القيمة أو الأعم فممنوع ولادلالة عليه في قوله لان بعدم الاخراج الخ (قوله فانه ان لم يرض بها يمتنع المولى عن العقد فيفوت به ادراكه شرف الحرية) أقول كأنه يريد أن الرضا بالعقد الفاسد رضا بالزيادة سواء كانت في القيمة أو في المسمى اذ ذلك موجب الكتابة الفاسدة فلا يرض بالزيادة أي بما هو جهاد هو العقد الفاسد يمتنع المولى عنه فيفوت ادراكه شرف الحرية فليتأمل

وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء القيمة لانه هو البذل وأمكن اعتبار معنى العقد فيه وأثر الجها له في الفساد

يبقى ملكه على ما كان فلا يفوت له شيء والعبد رضى بالزيادة سواء كانت في القيمة أو في المسمى كى لا يبطل حقه في العتق أصلا فإنه ان لم يرض به يمتنع المولى عن العقد فيفوت له ادراكه شرف الحرية انتهى كلامه (أقول) هذا الشرح غير مطابق للشروح وغير تام في نفسه أما الاول فلا ان الظاهر ان كلمة هذا في قول المصنف وهذا اشارة الى مضمون قوله ولا ينقص عن المسمى ويزاد عليه والمعنى وهذا أى ما ذكر من عدم النقصان عن المسمى والزيادة عليه لان المولى مارضى بالنقصان عن المسمى والعبد رضى بالزيادة عليه كى لا يبطل حقه في العتق بالكلية حينئذ ينتظم الدليل والمدعى بلا كلفة أصلا ويرشد اليه محور صاحب الكافي حيث قال ولا تنقص عن المسمى وتزاد عليه لان المكاتب رضى بالمسمى وزيادة كى لا يبطل حقه في العتق أصلا والمولى مارضى بالنقصان عنه اهـ وأما على ما ذكره صاحب العناية من كون كلمة هذا اشارة الى وجوب القيمة بالغصة ما بلغت فيحصل كلام المصنف لانه اما ان يكون المراد بالنقصان في قوله لان المولى مارضى بالنقصان هو النقصان عن القيمة فيلزم أن يكون قوله فيما قبل ولا ينقص عن المسمى خاليا عن التعليل والبيان بالكلية مع انه طلب مقصودا لبيان ههنا كما لا يخفى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى فيلزم ان لا يطابق الدليل المدعى وان لا ينفذه اذ لا يستدعى عدم رضا المولى بالنقصان عن المسمى الا وجوب المسمى دون وجوب القيمة بالغصة ما بلغت لجواز أن تكون القيمة أكثر من المسمى أو يكون المراد بذلك هو النقصان عن المسمى والقيمة جميعا كما يفصح عنه قول الشارح المزبور لان المولى مارضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة فبرده عليه أن يقال ان عدم رضاه بالنقصان عن المسمى مما لا مدخل له في وجوب القيمة بالغصة ما بلغت فقامت في تعميم النقصان ههنا للنقصان عن المسمى فلعل الشارح المزبور انما اغترى بقول المصنف في آخر كلامه فتجب بالغصة ما بلغت ولكنه تفريع على قوله والعبد رضى بالزيادة الخ لا على مجموع الدليل فلا وجه للاغترار بذلك أيضا وأما الثاني أى أنه غير تام في نفسه فلا أن قوله لان المولى مارضى بالنقصان سواء كان في المسمى أو في القيمة ممنوع كيف وتنصيص المولى على قدر معين مسمى دليل على رضاه به قطعاً سواء كان ناقصاً عن القيمة أم لا كما يخالف رضاه انما هو النقصان عن المسمى لا غير ولو سلم ذلك فينتقض بالكتابة الصحيحة اذا كان البذل المسمى فيها أقل من القيمة فأن لا يجب هنالك الزيادة على المسمى من القيمة قطعاً مع جريان الدليل المذكور ههنا في تلك الصورة أيضاً على تقدير صحة تعميم النقصان في قوله لان المولى مارضى بالنقصان للنقصان الكائن في المسمى وفي القيمة تأمل توقف ثم قال صاحب العناية ولعل التصور على هذا الوجه يسقط ما قيل اعتبار القيمة انما هو بعد وقوع العتق بأداء عين الجر فكيف يتصور بطلان حقه في العتق أصلا بعدم الرضا بالزيادة لان اعتبار الزيادة والنقصان على ما ذكرنا انما هو عند ابتداء العقد لا في بقائه اهـ (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن الذي يلزم من عدم الرضا بالزيادة عند ابتداء العقد انما هو عدم ثبوت العتق له رأساً لا بطلان حقه في العتق بعد ثبوت حقه فيه كما تقتضيه عبارة المصنف وهى قوله كى لا يبطل حقه في العتق اذا الظاهر أن بطلان حق شخص في شيء انما يكون بعد تعلق حقه به أولاً ومورداً ما قيل انما هو قول المصنف كى لا يبطل حقه في العتق أصلا كما صرح به في النهاية وغيره فكيف يسقط ذلك باعتبار الشارح المزبور الزيادة والنقصان عند ابتداء العقد وأجاب جماعة من الشراح عن ذلك السؤال بوجه آخر حيث قالوا فان قيل ما وجه قوله كى لا يبطل حقه في العتق واعتبار القيمة بعد وقوع العتق بأداء الجر وأنه لا يقبل البطلان فكيف يتصور بطلان حقه في العتق قلنا لا يحتمل أن يكون القاضي يرى صحة

(وفيما اذا كاتبه على قيمته يعتق بأداء قيمته لانه هو البذل وأمكن اعتبار معنى عقد الكتابة في القيمة) لاستهتاق المسلم تسلمه ولم يذكر أن القيمة بماذا تعرف قيل تعرف بأحد أمرين اما أن يتصادق على أن ما أدى قيمته فيثبت كون المؤدى قيمته بتصادقهما لان الحق فيما بينهما لا يعدو هما صار كضمان الغصب والبيع الفاسد واما بتقويم المقومين فان اتفق الاثنان منهم على شيء جعل ذلك قيمته وان اختلفا لا يعتق ما لم يؤد أقصى القيمتين لان شرط العتق لا يثبت الا بيقين فان قيل القيمة مجهولة فكان الواجب أن يقيد البطلان ولا يعتق بأداء القيمة أجاب بقوله (وأثر الجها له في الفساد أى) لافي البطلان كما في البيع فانها تفسده لا تبطله فان قيل الكتابة على ثوب كالتكتابة على قيمة العبد فكان ينبغي أن يعتق بأداء ثوب كما اعتق بأداء القيمة

بمخلاف ما إذا كاتبه على ثوب حيث لا يعتق بأداء ثوب لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد لاختلاف  
أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته

ماروى عن أبي حنيفة أنه إذا كاتبه على الخمر ولم يقل إن أديتها فأنت حرة فدى الخمر لا يعتق فيه ولو قضى  
القاضي بتلك الرواية يبطل حقه في العتق اهـ (أقول) فيه بحث أما أولاً فلا ينقض هذا  
الجواب أن يكون قوله كى لا يبطل حقه في العتق علة لعدم قضاء القاضي بتلك الرواية لارضاء العبد  
بالزيادة والمذكور في الكتاب بخلافه والكلام فيما ذكر في الكتاب فلا يتم ذلك الجواب وأما ثانياً فلا  
ذلك على تقدير عمامه انما يشى في صورة ان لم يقل المولى للكا تب على الخمر ان أديتها فأنت حرة لاني  
صورة ان قال له ذلك اذ لا روية لعدم العتق عند ادائه الخمر في هذه الصورة فلا رأى للقاضي فيما مع أن ما نحن  
فيه يم الصورتين كما لا يخفى فيبقى السؤال في صورة ثم ان صاحبي النهاية ومعراج الدراية رد على المصنف  
ههنا حيث قال انهم قوله كى لا يبطل حقه في العتق لا يصلح تعليلاً لقوله والعبد رضى بالزيادة لانه يحتمل أن  
يكون العبد غير راض بالزيادة على المسمى وان يبطل حقه في العتق لان ذلك نفع مشوب بالضرر لان  
تحمل الزيادة ضرر عليه وان كان عتقه نفعه اهـ (أقول) ليس ذلك بسديد لان تحمل الزيادة  
انما يكون ضرراً عليه لو كانت الزيادة باقية على ملكه عند عدم تحمل تلك الزيادة واختيار الرق وليس  
كذلك لا محالة فانه اذا اختار الرق يصير جميع ما اكتسبه ملكاً للمولاه ويقدر المولى بعد ذلك على أن  
يستعمله كيف يشاء فيحصل به أكثر من تلك الزيادة فلم يظهر في رضا العبد بالزيادة ضرر عليه ولا في عدم  
رضاه بها نفع له أصلاً ثم قالوا والاولى في تعليل ذلك أن يقال لان العبد لما عقد الكتابة الفاسدة  
مع مولاه كان قابلاً لقيمة نفسه بالغة ما بلغت لان ذلك موجب عقد الكتابة الفاسدة وهو أقدم عليه  
باختياره ورضاه ثم قيمة نفسه قد تزوج على المسمى فكان راضياً بالزيادة على المسمى ضرورة اهـ (أقول)  
وهو أيضاً ليس بسديد لان في التعليل بما ذكره مصادرة على المطلوب فانما يصدر أن يثبت بدليل أن  
موجب الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت ومن جهة مقدم مات ذلك قوله والعبد رضى بالزيادة  
فلو علمنا هذه المقدمة بما يتنى على كون الواجب في عقد الكتابة الفاسدة قيمة نفس العبد بالغة ما بلغت  
لزم المصادرة قطعاً \* ثم أقول ببقى شئ في كلام المصنف وهو أن قوله لان المولى ماضى بالنقصان الخ دليل  
شاف مفيد لتمام المدعى وهو أن لا تنقص القيمة عن المسمى وتزاد عليه إلا أن قوله لانه عقد فاسد فوجب  
القيمة عندهلاك المبدل بالغة ما بلغت كما في البيع الفاسد يرى مستدر كاهنا لانه صار مستغنى عنه  
بما ذكر قبله من قوله لانه وجب عليه رد رقبته لنفسه الفاسد العقد وقد تعذر بالعتق فيجب رد قيمته كما في البيع  
الفاسد اذا تلف المبيع وليس له دلالة على تمام المدعى فانه لا يدل على أن لا تنقص القيمة عن المسمى  
فلم يكن في ذكره فائدة فكان الاولى طرحه من البين كما في الكافي (قوله لانه لا يوقف فيه على مراد العاقد  
لاختلاف أجناس الثوب فلا يثبت العتق بدون ارادته) قال صاحب العناية وتقريره أن الثوب عوض  
والعوض يقتضى أن يكون مراد المطلق منه ليس بوجود في الخارج فلا يكون مراداً فاعتين أن يكون  
المتعين مراداً والاطلاع على ذلك متعذر لاختلاف أجناسه فلا يعتق بدون ارادته بخلاف القيمة فانها  
وان كانت مجهولة يمكن استدراك مراده بتقويم المقومين انتهى كلامه (أقول) فيه كلام أما أولاً  
فلانه ان اراد بالمطلق في قوله والمطلق منه ليس بوجود في الخارج فردا مهم من الثوب فلا نسلم أنه ليس  
بوجود في الخارج اذا لا بهام انما ينافى التعيين لا الوجود في الخارج وكمن شئ فنجزم بوجوده في الخارج  
وان لم تتعين خصوصيته عندنا وان اراد بذلك مفهومه الكلى فنسلم أنه ليس بوجود في الخارج ولكن  
لانسلم حينئذ قوله فتعين أن يكون المتعين مراداً الجواز أن يكون المراد هو المهم فلا بد من بيان  
بطلان هذا الاحتمال أيضاً وأما ثانياً فلا نمانع أن يمنع امكان استدراك مراده بتقويم المقومين

أجاب بقوله (بمخلاف ما إذا  
كاتبه على ثوب حيث  
لا يعتق بأداء ثوب) وتقريره  
الثوب عوض والعوض  
يقتضى أن يكون مراداً  
والطاق منه ليس بوجود  
في الخارج فلا يكون مراداً  
فتعين أن يكون المتعين  
مراداً والاطلاع على ذلك  
متعذر لاختلاف أجناسه  
فلا يعتق بدون ارادته  
بمخلاف العينة فانها وان  
كانت مجهولة يمكن استدراك  
مراده بتقويم المقومين  
فان قلت فان أدى التهمة  
فيما إذا كاتبه على ثوب  
يعتق أولاً قلت ذكر في  
الذخيرة أن الاصل عند  
علمائنا الثلاثة أن المسمى  
متى كان مجهول المصدر  
والجنس فانه لا يعتق العبد  
بأداء القيمة ولا تنعقد هذه  
الكتابة أصلاً على المسمى  
ولا على القيمة



قال (وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجوز) اذا كاتب عبده على شيء هو لغيره فاما ان يتعين بالتعيين كالمهر والعتق ولا كالنقود فان تعيين فاما ان يجوز فاما ان يملكه المكاتب بسبب وأداه الى المولى أولا فذلك أربعة أوجه فان لم يتعين بالتعيين كالمهر والعتق قال كاتبك على هذه الألف من الدراهم وهي لغيره جاز لانها لاتعين في المعاوضات فتعلق بدراهم في الذمة وان تعيين به ولم يجوز لم يملكه لم يجوز الكتابة في ظاهر الرواية وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه عتق وان يجوز يرد بغيره لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فأشبه ما اذا تزوج امرأة على عبده غيره فان التسمية صحيحة حتى ولو لم يجوز المالك الرجعت على الزوج بقيمة العبد لا بهر المثل ولو فسدت الرجعت به والجامع كون كل واحد منهما معروض ماله ليس بمال ووجه اظهاره ان العين في المعاوضات معقود عليه والمعقود عليه القدرة عليه شرط الصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كفي البيع فان قيل قد تقدم ان تبدل الكتابة بحكم الثمن في البيع حتى كان ذلك مبنى جواز الكتابة الجاهلة والثمن معتمود لانه قد تقدم عليه فلا تكون القدرة عليه شرطا فالجواب ان ذلك اذا كان من النقد وليس الكلام فيها وانما عوفي العين فيصير عقد الكتابة بمنزلة المقايضة فيصير للبطلان حكم المبيع فيشترط القدرة عليه (قوله بخلاف الصداق في النكاح) جواب عن قوله فأشبهه الصداق وذلك لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح وهو التوالد والتناسل وقال في النهاية مناقع البضع (٢٢٨) ليس بشرط لجواز نكاح الرضیعة فعلى ما هو تابع وهو الصداق أولى وهذا الجواب على طريقة تخصيص العال

قال (وكذلك ان كاتبه على شيء بعينه لغيره لم يجوز) لانه لا يقدر على تسليمه ومراده شيء يتعين بالتعيين حتى لو قال كاتبك على هذه الألف الدراهم وهي لغيره جاز لانها لاتعين في المعاوضات فيمتعلق بدراهم دين في الذمة فيجوز وعن أبي حنيفة رضي الله عنه في رواية الحسن أنه يجوز حتى اذا ملكه وسلمه يعتق وان يجوز يرد في الرق لان المسمى مال والقدرة على التسليم موهوم فأشبهه الصداق قلنا ان العين في المعاوضات معقود عليه والقدرة على المعقود عليه شرط للصحة اذا كان العقد يحتمل الفسخ كفي البيع بخلاف الصداق في النكاح لان القدرة على ما هو المقصود بالنكاح ليس بشرط فعلى ما هو تابع فيه أولى فلما جاز صاحب العين ذلك فعن محمد أنه يجوز لانه يجوز البيع عند الاجازة فالكتابة أولى لان مبنائها على المسامحة وقيل لانها لا تنفسد بالشرط الفاسد بخلاف البيع فصار صاحب المال مقرضا المالك من العبد فله بيع العين من أكسائه (وعن أبي حنيفة أنه لا يجوز اعتبارا بحال عدم الاجازة على ما قال في الكتاب) أي في الجامع الصغير أشار به الى قسره وكذلك ان كاتبه على شيء

بعينه لغيره (والجامع) بين ما أجاز المالك وبين ما لم يجوز (ان عقد الكتابة) فيما نحن فيه (لا يفيد ملكا في المكاسب الذي هو المقصود من الكتابة لانه) أي ملك المكاسب وفي بعض النسخ لاتأى المكاسب لكن لابد من تقدير مضاف (ثبت الحاجة الى الاداء منها ولا حاجة الى الاداء منها فيما اذا كان البذل عينا معينة لغيره والمسئلة فيه) أي فرض المسئلة في ذلك (على ما بيناه) ان مراده شيء يتعين بالتعيين وعن أبي يوسف أنه يجوز اذا جاز ذلك أولم يجوز غير أنه اذا جاز وجب تسليم عينه واذا لم يجوز وجب تسليم قيمته كافي النكاح والجامع صحة التسمية لتكون المسمى مالا وان لم يجوز لكن ملك المكاتب العين بسبب وأداه

(قوله فان تعيين فاما ان يجوز) أقول أي يجوز العقد (قوله وان تعيين به ولم يجوز لم يملكه لم يجوز الكتابة في ظاهر الرواية) أقول الشارح تصرف في نقل كلام المصنف وأخل به فنأقض آخر الكلام أوله والظاهر ان كلام المصنف مجرى على عمومته ومراده بالجواز على رواية الحسن هو جوازه ابتداء وفي قوله ولو أجاز جاز هو الجواز انتهاء على أن ينعقد العقد موقوفا وانما سكت في تفصيل ملك المكاتب العين عن رواية الجواز وهي رواية الحسن للغنية عنه بذكرها أولا (قوله وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يجوز حتى اذا ملكه الخ) أقول كالكتابة الجاهلة فلا يفسخ المولى الا برضا العبد كما هو حكم الكتابة الجائرة ثم أقول انه يخالف ظاهر الغرض عدم الملك فتأمل في دفعه (قوله اذا كان العقد يحتمل الفسخ) أقول اخترا عن النكاح (قوله ليس بشرط) أقول خبر أن

(فمن أبي حنيفة رواه أبو يوسف عنه وروى عن أبي يوسف أيضا أنه لا يعتق وعلى هذه الرواية لم يعقد العقد) وهو ظاهر الرواية (الا إذا قال له أديت إلى فانت حر فحنيفة يعتق بحكم الشرط وعن أبي يوسف أنه يعتق قال ذلك أولم يقل لأن العقد يعقد مع الفساد كون المسمى مالا فيعتق بأداء المشرط وإن كاتبه على عين) معين (في يد المكاتب) سوى النذر (ففيه روايتان) في رواية كتاب الشرب يجوز وفي رواية آخر كتاب المكاتب لا يجوز (وهي مسألة الكتابة على الاعيان) وهي التي ذكرت في قوله وكذلك أن كاتبه على شيء بعينه لغيره (وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى) ولم نذكره ههنا لطوله وذكره (٣٢٩) بعض الشارحين على وجهه

الاختصار فقال وجه رواية الجواز أنه كاتبه على مال مع لوم مفسد دور التسليم فيجوز وجهه عدمه أن كسب العبد حال الكتابة ملكا للمولى فصار كما إذا كاتبه على عين من أعيان ماله وأنه لا يجوز وإنما قلنا سوى النقود لانه لو كاتبه على دراهم أو دينار في يد العبد بأن كان مأذونا في التجارة أو كنسب جازت الكتابة بائناق الروايات لأنهم إذا لم تتعين كانت الكتابة عليها كالكتابة على دراهم مطلقة وهي جائزة قال (وإذا كاتبه على مائة دينار الخ) وإذا كاتبه على مائة دينار على أن يرد عليه عبدا بخبر عينه فالتكتابة فاسدة عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف هي جائزة وتقسم المائة دينار على قيمة المكاتب وقيمة عبد وسط ويبطل منها حصصة العبد ويكون مكاتباً بما بقي لأن العبد المطلق يصلح بدلا للكتابة وينصرف إلى الوسط وهذا

فمن أبي حنيفة رواه أبو يوسف أنه إذا أدها لا يعتق وعلى هذه الرواية لم يعقد العقد إذا قال له أديت إلى فانت حر فحنيفة يعتق بحكم الشرط وهكذا من أبي يوسف رحمه الله وعنه أنه يعتق قال ذلك أولم يقل لأن العقد يعقد مع الفساد كون المسمى مالا فيعتق بأداء المشرط ولو كاتبه على عين في يد المكاتب ففيه روايتان وهي مسألة الكتابة على الاعيان وقد عرف ذلك في الاصل وقد ذكرنا وجه الروايتين في كفاية المنتهى قال (وإذا كاتبه على مائة دينار على أن يرد المولى عليه عبدا بخبر عينه فالتكتابة فاسدة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف هي جائزة ويضم المائة الدينار على قيمة المكاتب وعلى قيمة عبد وسط فيبطل منها حصصة العبد فيكون مكاتباً بما بقي) لأن العبد المطلق يصلح بدلا للكتابة وينصرف إلى الوسط فكذلك يصلح مستثنى منه وهو الاصل في أبدال العقود ولها أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وإنما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى

في صورة الكتابة على التسمية حتى تتعين بنعيمهم فتأمل (قوله ولها أنه لا يستثنى العبد من الدنانير وإنما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح بدلا فكذلك مستثنى) يعني أنهم ما يسلطان الاصل المذكور ولكن يقولون ذلك فيما أصبح استثناء من غير أن يورد فساد العقد وهذا استثناء العبد عنه من الدراهم غير صحيح لاختلاف الجنس وإنما يصح استثناءه منها باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدل للكتابة ففاحش جهالة فاحشة لا قدر أو جنسا ووصفا كما مر في أول الفصل فكذلك لا يصلح أن يقع مستثنى من بدل الكتابة كذا في الشروح والكافي (أقول) رد على هذا التحليل أنه يقتضي أنه لا تصح الكتابة بما إذا شرط أن يرد المولى عليه عبدا معينا أيضا لجر يانه فيه أيضا بعينه فان قيمة العبد المعين أيضا مجهولة جهالة فاحشة ولهذا لو كاتب عليه لم يصح كما مر في أول الفصل وعدم المجازاة بين عين العبد المعين وبين الدراهم أيضا ظاهر مع أنهم صرحوا بأن الكتابة صحيحة بالاتفاق فيما إذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا والمحجب من صاحب الدرر والغرر أنه علم هذه المسألة بوجه آخر وعزا إلى الزبلي وأورد عليه النقض بما إذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا وجعل الوجه المسند كور في الكتاب هو الصواب وعزا إلى الكافي حيث قال لأن هذا عقد اشتمل على بيع وكتابة لأن ما كان من المائة بأزاء لوصف الذي يرد المولى ببيع وما كان منها بأزاء رقبته المكاتب كتابة فيكون صفقة في صفقة فلا يجوز النهي عنها كذا قال الزبلي ويرد عليه أنه يقتضي عدم صحة العقد إذا شرط أن يرد عليه عبدا معينا وأمة معينة والقوم صرحوا بخلافه والصواب ما في الكافي وهو أن بدل الكتابة في هذه الصورة مجهول القدر فلو أصبح كالمكاتب به على قيمة الوصف وهذا لأن العبد لا يمكن استثنائه من الدنانير وإنما تستثنى قيمته والقيمة لا تصلح أن تكون بدل للكتابة لجهالتها فكذلك لا تصلح أن تكون مستثنى من بدل الكتابة ولا يخفى على ذي فطنة أنه لا فرق بين الوجه الذي عزا إلى الزبلي والوجه الذي عزا إلى الكافي في ورود

بالاتفاق وكل ما يصلح بدلا يصلح مستثنى من البطل وهو الاصل في أبدال العقود وقال بالخروج أي هذا الاصل مسدود ولكن فيما أصبح الاستثناء واستثناء العبد عنه من الدراهم غير صحيح وإنما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلا للتفاحش لجهالة المعين حيث الجنس والقدر والوصف

(قوله وهو ظاهر الرواية) أقول فلا يناسب كلمة عن قوله فمن أبي حنيفة قوله وإنما يصح باعتبار قيمته وهي لا تصلح بدلا للتفاحش لجهالة المعين (أقول لو صح هذا الدليل لم تجز الكتابة إذا كان العبد معينا العين هذا الدليل فان قيمة العبد المعين مجهولة جهالة فاحشة وقد سبق في أول الفصل

(واذا كاتبه على حيوان وبين جنسه) كالعبد والفرس (ولم بين النوع) انه تركي أو هندي (ولا الوصف) انه جيد أو ردي (جازت وينصرف الى الوسط) من ذلك الجنس (وقدره أبو حنيفة في العبد بما قيمته أربعون درهما وقالاهو على قدر غلاء السعر ورخصه ولا ينظر في قيمة الوسط الى قيمة المكاتب لان عقد (٣٤٠) الكتابة عقد ارفاق فالظاهر ان يكون البدل على أقل من قيمة المكاتب وانما

ينصرف الى الوسط لان الأصل في الحيوان المجهول اذا ثبت في الذمة أن ينصرف الى الوسط كما في الزكاة والدية والوسط فيه نظر للعائنين (ويجبر على قبول القيمة) لانه قضاء في معنى الاداء على ما عرف في الأصول لانها أصل من حيث ان البدل يعرف بها (وقدر في النكاح) نصار كأنه أتى بعين المسمى (وانما صح العقد مع الجهالة لانها يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة) لان مبناها على المساهلة (فتعتبر جهالة البدل لجهالة الاجل فيه) حتى لو قال كاتبك اني الحصاد والدياس والقطاف هبت الكتابة وقد ثبت ان ابن عمر أجاز الكتابة على الوصفاء وهو جع وصيف وهو العبد للخدمة (وقال الشافعي لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فأشبهه البيع) في ان تسمية البدل شرط فيها كما هي شرط فيه والبيع مع البدل المجهول أو الاجل المجهول لا يجوز فكذا الكتابة ولنا أن هذا قياس فاسد لان قياس الكتابة على

قال (واذا كاتبه على حيوان غير موصوف فالكتابة جائزة) معناه أن يبين الجنس ولا يبين النوع والصفة (وينصرف الى الوسط ويجبر على قبول القيمة) وقد مر في النكاح أما اذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لانه يشمل أجناسا مختلفة فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة فتعتبر جهالة البدل بجهالة الاجل فيه وقال الشافعي رحمه الله لا يجوز وهو القياس لانه معاوضة فأشبهه البيع ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبهه النكاح والجامع أنه يثبتني

النقض بالصورة المزبورة عليهما فرد الاول بورود ذلك عليه واستصواب الثاني ليس بمعقول المعنى (قوله) أما اذا لم يبين الجنس مثل أن يقول دابة لا يجوز لانه يشمل أجناسا فتتفاحش الجهالة واذا بين الجنس كالعبد والوصيف فالجهالة يسيرة ومثلها يتحمل في الكتابة) قال في العنايه واعترض على المصنف بأن شمول اللفظ للأجناس لو منع الجواز لما جازت فيما اذا كاتب على عبد لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد والجواب أن اللفظ ان شمل أجناسا عالية كالذابة مثلاً أو متوسطة كالركوب منع الجواز مطلقاً في الكتابة والوكالة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل أجناسا سافلة كالعبد منعه فيما يبي على المما كسة كالبيع والوكالة لا فيما يبي على المساحة كالكتابة والنكاح انتمى (أقول) ليس السؤال بشئ ولا الجواب أما الاول فلاننا لنسلم أن شمول اللفظ للأجناس ان منع الجواز ما جازت فيما اذا كاتب على عبد وقوله لان المصنف ذكر في كتاب الوكالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذا لم يجوز التوكيل بشراء العبد فريه بلامه لان المصنف ما ذكره في كتاب الوكالة ولا في موضع آخر أن العبد يتناول أجناسا والذي ذكره في كتاب الوكالة انما هو ان العبد يشمل أنواعا وان ما يشمل أنواعا لا يصح التوكيل بشرائه الا ببيان الثمن أو النوع فانه قال هنالك ثم ان كان اللفظ يجمع أجناسا أو ما هو في معنى الاجناس لا يصح التوكيل وان بين الثمن لان بذلك الثمن يوجد من كل جنس فلا يدرى مراد الا حمر لتفاحش الجهالة وان كان جنسا يجمع أنواعا لا يصح الا ببيان الثمن أو النوع لان بتقدير الثمن بصير النوع معلوما وبذكر النوع نقول الجهالة فلا يمنع الامتنان مثله اذا وكله بشراء عبد أو جارية لا يصح لانه يشمل أنواعا فان بين النوع كالتركي والخشبي والمولود جاز وكذا اذا بين الثمن لما ذكرنا اه فهمل يتوهم العاقل من ذلك الكلام أن العبد يتناول أجناسا حتى يجعله مدار الاعتراض على المصنف ههنا وقد سبق الى هذا التوهم صاحب النهاية ومعراج الدراية ولعمري انه من العجائب من أمثال هؤلاء الفعول وأما الثاني فلا أن الجواب المزبور مع ابتنايه على القول بمراتب الاجناس الذي هو من أصول أهل المعقول دون اصطلاحات أهل الفقه بعزل عما يفهم من كلام المصنف في المقاميس أي في كتاب الوكالة وفيما نحن فيه أمما هنالك فلما عرفت أنفاً وأما فيما نحن فيه فلانه لو كان مراده ما في الجواب المزبور لزمه أن يقيد الجنس في قوله ومعناه أن يبين الجنس بالجنس العالي والمتوسط اذ بيان الجنس الاسفل ليس بواجب على مقتضى ذلك الجواب فلا بد من البيان (قوله ولنا أنه معاوضة مال بغير مال أو بمال لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبهه النكاح والجامع أنه يثبتني

على

البيع أما ان يكون من حيث ابتدائها أو من حيث الانتهاء والاول لا يصح لان البيع معاوضة مال بمال

والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في المقابله فلك الحجر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يثبت الملك فيه فأشبهه النكاح في الانتهاء وفي أن مبني كل منهما

على المسامحة وهذا المقدار كاف في إلحاقها بالنكاح وقوله بخلاف البيوع لانه مبني على الماسكة زبادة استظهار وان لم يبين حسنه مثل أن يقول دابة أو ثوب لم تجز الكتابة لانها تشمل أجناسا وكذلك النوب لتفاحش الجهالة واعترض على المصنف بأن شمول اللفظ للأجناس لو منع الجواز لما جازت فيما اذا كاتب على عبد لان المصنف قد كرى كتاب الو كالة أن العبد يتناول أجناسا ولهذ لم يجوز التوكيل بشراء العبد والجواب أن اللفظ ان شمل أجناسا عالية كالدابة مثلا أو متوسطة كالركوب منع الجواز مطلقا في الو كالة والكتابة والنكاح والبيع وغيرها وان شمل أجناسا سافلة كالعبد منعه فيما بني على الماسكة كالبيع والو كالة لا فيما بني على المسامحة كالكتابة والنكاح قال ( واذا كاتب النصراني عبده الخ ) واذا كاتب النصراني عبده الكافر على مدار من الجزاز لان الجزر في حقهم كاخل في حقنا وأيم ما أسلم فلمولى قيمة الجزر لان المسلم ممنوع من تعليق الجزر وتلكها في التسليم قليل الجزر لان الفرض أن الجزر غير معينة فلم يثبت الملك فيها بنفس العقد بل بالتسليم بخلاف ما اذا كانت معينة فان الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة والتسليم نقل من يدالي يدوالمسلم غير ممنوع من نقل اليد كما اذا غصب المسلم من الذي خرا ثم أسلم الذي فانه لا يمنع من استرداده من يد الغاصب واذا كان ممنوعا من التسليم فقد عجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تابع الذميان خرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيوع على ما قاله البعض لان العجز كاقوع عن تسليم المسمى وقع عن قيمته لان قيمة المسمى لا تصلح عوضا في البيوع بحاج ففسد وتصلح

( ٢٤١ )

على المسامحة بخلاف لبيع لانه مبني على الماسكة قال ( واذا كاتب النصراني عبده على خرفه هو جائز ) معناه اذا كان مقدارا معلوما والعبد كافر لان اموال في حقهم تنزله لخل في حقنا ( وأيم ما أسلم فلمولى قيمة الجزر ) لان المسلم ممنوع من تعليق الجزر وتلكها في التسليم ذلك اذا الجزر غير معين فيعجز عن تسليم البدل فيجب عليه قيمته وهذا بخلاف ما اذا تابع الذميان خرا ثم أسلم أحدهما حيث يفسد البيوع على ما قاله البعض لان القيمة تصلح بدلا في الكتابة في الجسلة فانه لو كاتب على وصيف وأنى بالقيمة يجبر على القبول بخزان يبقى العقد على القيمة أما البيوع فلا ينعقد صحا على القيمة فافترقا قال ( واذا قبضها عتق ) لان في الكتابة معنى المعاوضة فاذا وصل أحد العوضين الى المولى سلم العوض الآخر للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلمان حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من أهل التزام الجزر ولو اداهما عتق وقديناه من قبل والله أعلم

على المسامحة بخلاف البيوع لانه مبني على الماسكة قال صاحب العناية في شرح هذا المقام ولنا أن هذا يعنى ما قاله الشافعي قياسا فاسد لان قياس الكتابة على البيوع اما أن يكون من حيث ابتداءها أو من حيث الانتهاء الاول لا يصح لان البيوع معاوضة مال بمال والكتابة معاوضة مال بغير مال لانها في مقابلة ذلك الجزر في الابتداء وكذلك الثاني لانها وان كانت في الانتهاء معاوضة مال بمال وهو الرقبة لكن على وجه يسقط الملك فيه فأشبهه النكاح في الانتهاء وفي أن مبني كل منهما على المسامحة وهذا المقدار كاف

( ٣١ - تكمله سابع ) للعبد وذلك بالعتق بخلاف ما اذا كان العبد مسلمان حيث لم تجز الكتابة لان المسلم ليس من أهل التزام الجزر ولو أدى الجزر عتق لما يثبت في أول هذا الفصل انه اذا أدى الجزر عتق وقال زفر لا يعتق وهذا لان عقد الكتابة تضمن تعليق العتق بأداء البدل المشر وط فاذا وجد البدل وقع العتق وذ كر الترتباتي أنه لو أدى الجزر لا يعتق فكان في العتق بأداء الجزر روايتان والفرق على احدهما بيننا وبين المسلم اذا كاتب عبده على خرا فاداهما لم يموله فانه يعتق أن في هذه المسئلة انقلبت الكتابة الى قيمة الجزر ولم يبق الجزر بدل هذا العقد لانه قد صحا على الجزر ابتداء وبقى على القيمة صحا بعد الاسلام ولا يتصور بقاؤه صحا والجزر بدل فيه فبقاؤه صحا دليل على ان الجزر لم يبق بدلا فلا يعتق وفي مسئلة المسلم وقع العقد فاسد بسبب كون الجزر بدلا وبقى كذلك فلا حاجة الى إخراجها عن البدلية واذا بقي بدلا عتق بأدائها

( قوله وان شمل أجناسا سافلة كالعبد ) أقول الذي يشمل التركي والهندي وهما جنسان سافلان ( قوله وفي التسليم قليل الجزر ) أقول الاظهر أن يقول وتلكها يطابق المشر وح ألا يرى أن المسلم اذا كان المولى فاللازم هو عتق المسلم الجزر وانما جعل التسليم طرفا للملك لاستلزامه اياه كانه مشتمل عليه ( قوله فان الملك يثبت فيها بمجرد عقد الكتابة ) أقول أى على رزية سواء كانت الكتابة على عين في يد المالكاتب قال المصنف ( ولو اداهما عتق ) أقول قال الاتقاني أى لو أدى عتق الجزر عتق أيضا فيما اذا سلم أحدهما أن في الكتابة معنى التعليق وبه صرح قاضيان في شرحه للجامع الصغير انتهى وعلى شرحه بكرن في كلام المصنف نوع تعقيب بخلاف شرح السعفة في فتاوى



باب ما يجوز للكتاب أن يفعله

قال (ويجوز للكتاب البيع والشراء والسفر) لان موجب الكتابة أن يصير حرايدا وذلك بما لك به انصرف مستند به تصرفا بوجهه الى مقصوده وهو نيل الحرية بأداء البذل والبيع والشراء من هذا القبيل وكذا السفر لان التجارة ربما لا تتفق في الحضر فتحتاج الى المسافرة وبذلك البيع بالحاجة لانه من صنيع التجار فان التاجر قد يجابى في صفقة ايربح في أخرى

باب ما يجوز للكتاب أن يفعله

لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاصلة شرع في بيان ما يجوز للكتاب أن يفعله وما لا يجزئه فان جواز التصرف يتنى على العقد الصحيح قال (ويجوز للكتاب البيع والشراء والسفر) قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكأته أعادها تهيد القول

باب ما يجوز للكتاب أن يفعله

(قوله فان جواز التصرف يتنى على العقد الصحيح) أقول هذا الوجه بظاهره لا يقتضى تفديم باب الكتابة الفاسدة على هذا الباب بل يقتضى عكسه فلا بد من ملاحظة أمر آخر قد بر (قوله قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب) أقول لا يتنى في عيبه انما ذكره ههنا لانه طراد وانما محل ذكره اصالة ههنا لفظ القدوري هنا

باب ما يجوز للكتاب أن يفعله

الظاهر ان اكداء المصنف في عنوان هذا الباب بما يجوز للكتاب أن يفعله لكونه العدة المقصود بالذات والافقد ذكر في هذا الباب كثيرا لما لا يجوز للكتاب أن يفعله كما ترى ثم ان صاحب العناية قال لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاصلة شرع في بيان ما يجوز للكتاب أن يفعله وما لا يجزئه فان جواز التصرف يتنى على العقد الصحيح اه واقتنى اثره الشارح العيني (أقول) لا يذهب على من له أدنى مسكة مما حجة التعليم بقوله ما فان جواز التصرف يتنى على العقد الصحيح فان هذا التعليل لا يقتضى تأخير هذا الباب عن أحكام الكتابة الفاسدة بل يقتضى تفديمه عليه فلا يتم التقريب وقال صاحب النهاية لما ذكر أحكام الكتابة الصحيحة والفاصلة شرع في بيان ما يجوز للكتاب أن يفعله وان لا يفعله (أقول) هذا سالم مما ينتج على ما ذكره الشارحان المسفوران لكن فيه أيضا سماجة لانه جعل قوله وان لا يفعله في حيز يجوز وعطفه على أن يفعله فصار المعنى شرع في بيان ما يجوز أن يفعله المكاتب وما لا يجوز أن يفعله كما يصح عنه قوله ولا يتزوج ولا يصدق ولا يتكفل ولا يرض لا يجرد ما يجوز أن لا يفعله فان جواز أن لا يفعله شيئا لا يتنى في جوار أن يفعله أيضا كافي الاشياء لمباحة التي يستوى فيها جانب الفاعل والترك وما نحن فيه ليس كذلك قطعاً (قوله ويجوز للكتاب البيع والشراء والسفر) قال صاحب العناية قد تقدمت هذه المسئلة في كتاب المكاتب

(فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحساناً) فإنه لم يبين ذلك ببيانته (٣٤ ٣٥) وجه الاستحسان (أن هذا الشرط

مخالف لمقتضى عقد الكتابة لان مقتضاه مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص) بنفسه ومنافعه لحصول ما هو المقصود بالعقد وذلك قد يكون بالضرب في الارض والتقييد بمكان ينافيه والشرط المخالف لمقتضى العقد باطل فهذا الشرط باطل فان قيل هذا يقتضى بطلان العقد كما في البيع أجاب بقوله (وصح العقد) يعني أن الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكّن في صلب العقد وهو أن يدخل في أحد البدلين كما اذا قال كاتبك على أن تخدمني مدة أو زماناً وهذا ليس كذلك (لأنه لا شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة وهذا) أي هذا التفصيل (لان الكتابة تشبه البيع) من حيث المعاوضة وعدم صحتها بالبدل

قوله ولا فيما يقابله) أقول قوله ولا فيما يقابله ممنوع فان مقابله فك الحجري وحرية البدل والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتامر فلان مراده بما يقابله هو المكاتب الآن هذا الشرط يختص به أيضاً كما سيجي بعد أسطر (قوله من حيث المعاوضة) أقول

قال (فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحساناً) لأن هذا الشرط مخالف لمقتضى العقد وهو مالكية اليد على جهة الاستبداد وثبوت الاختصاص فبطل الشرط وصح العقد لأنه شرط لم يتمكّن في صلب العقد وبطله لا تفسد الكتابة وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألقناه بالبيع في شرط تمكّن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل والنكاح في شرط لم يتمكّن في صلبه هذا هو الاصل

حيث قال واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وكأنه أعادها تمهيداً لقوله فإن شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة فله أن يخرج استحساناً فإنه لم يبين ذلك ببيانته اهـ (أقول) لا يخفى عليك أن ما يصلح أن يكون تمهيداً لقوله المذكور انما هو جواز السفر للمكاتب لا جواز البيع والشراء فثبت الاعادة للتمهيد لا يتم عذراً بالنظر الى مستثنى البيع والشراء كما ترى وقال بعض الفضلاء لا يخفى عليك أنه انما ذكره هناك استطراداً وانما محل ذكره هنا وهذا اللفظ القدوري ههنا انتهى (أقول) وهذا الذي ذكره ناليس بلفظ القدوري وانما اللفظ فيجوز له البيع والشراء والسفر بقاء التفرع على قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه وباضمار المكاتب دون اظهاره والذي ذكره ناليس هو بدل فاء التفسير وبإظهار لفظ المكاتب انما هو لفظ البداية نعم حاصل معناهما واحد لكن هذا متحقق فيما ذكره المصنف فيما مر أيضاً فإنه قال هناك فيملك البيع والشراء والخروج الى السفر ولا شك أن حاصله عنده متخذ بما ذكره هنا وعن هذا قال في غاية البيان وهذه المسئلة وقع بيانها مكرراً لانه ذكرها في أوائل كتاب المكاتب عنده قوله واذا صحت الكتابة خرج المكاتب من يد المولى ولم يخرج من ملكه الا أنه لم يذكر في البداية ثم قوله فيجوز له البيع والشراء والسفر وذكر جواز البيع والشراء والسفر في هذا الموضع في البداية فلما بلغ في الهداية وهي شرح البداية هذا الموضع ساقى الكلام كما ساق من غير اخلاص وان كان ذلك جواز البيع والشراء والسفر في الهداية قبل هذا اهـ فتبصر (قوله وصح العقد لانه شرط لم يتمكّن في صلب العقد وبطله لا تفسد الكتابة) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل يعني أن الشرط الباطل انما يبطل الكتابة اذا تمكّن في صلب العقد وهو أن يدخل في أحد البدلين كما اذا قال كاتبك على أن تخدمني مدة أو زماناً وهذا ليس كذلك لانه لا شرط في بدل الكتابة ولا فيما يقابله فلا تفسد به الكتابة انتهى ورد عليه بعض الفضلاء حيث قال قوله ولا فيما يقابله ممنوع فان مقابله فك الحجري وحرية البدل والمنع من الخروج تخصيص للفك والحرية فليتامر فلان مراده بما يقابله هو المكاتب الآن هذا الشرط يختص به أيضاً كما سيجي بعد أسطر انتهى (أقول) ليس ذلك بشئ لأن كون المنع من الخروج تخصيصاً للفك والحرية لا يقتضي كونه داخلهما فان تخصيص الشئ قد يكون بأمر خارج عنه أخص منه كما اذا عرفنا الانسان بالحيوان الضاحك فان قيد الضاحك بتخصيص الحيوان بالانسان مع انه خارج عنه قطعاً وما نحن فيه من قبيل ذلك أيضاً لا ريب أن المنع من الخروج خارج عن حقيقة الفك والحرية وكذا الحال لو كان المراد بما يقابله هو المكاتب فان اختصاص هذا الشرط به لا يقتضي دخوله فيه بل لا مجال لدخوله فيه أصلاً كما لا يخفى والذي نفاه صاحب العناية انما هو دخول هذا الشرط في بدل الكتابة أو فيما يقابله اذ به يتحقق انتمكّن في صلب العقد كما عينه (قوله وهذا لان الكتابة تشبه البيع وتشبه النكاح فألقناه بالبيع في شرط تمكّن في صلب العقد كما اذا شرط خدمة مجهولة لانه في البدل والنكاح في شرط لم يتمكّن في صلبه هذا هو الاصل) أقول لقائل أن يقول

حينية المعاوضة مشتركة بينه وبين النكاح فلا يكون وجه شبه الكتابة بالبيع دون النكاح الآن يكون وجه الشبه مجموع المعطوف عليه والمعطوف أعني وعدم صحتها بالبدل (قوله وعدم صحتها بالبدل) أقول يعني بالاذكروا بدل

واحتما لهما القسخ قبل الاداء (وتشبه النكاح) من حيث انها معاوضة مال بغير مال فعملنا فيه بالشبهين فقلنا بطلان الشرط وصحة العقد اذا لم يتمكن في صلب العقد علا يشبه النكاح ويبطالان العقد اذا تمكن في صلبه علا يشبه البيع (أو نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتراف) لان الاعتراف (٣٤٤) ازالة الملك لا الى أحد والكتابة كذلك لانه لا يحصل للمالك شيء وانما

يسقط عنه ملك مولاه وكل شرط يختص بجانب العبد فهو داخل في الاعتراف لدخوله في الكتابة وهي اعتراف (وهذا الشرط يختص به) فهو داخل في الاعتراف (والاعتراف لا يبطل بالشرط الفاسد قال (والتزوج ليس وسيلة اليه) الكتابة فكما تجرم مع قيام الملك ضرورة التوصل الى المقصود أى الى مقصود المولى من البذل وذلك لقيام الملك ومقصود المكاتب وهو تحصيل الكسب للإبقاء وذلك بفك الخرج والتزوج ليس وسيلة الى المقصود بل هو مانع عن ذلك فلا يدخل تحت فك الخرج لكن اذا أذن له المولى بذلك جاز لان الملك فيه قائم

(قوله واحتمالهما القسخ قبل الاداء) أقول واحتمال القسخ بعد الاداء أيضا لا يضرنا قال المصنف (أو نقول ان الكتابة في جانب العبد اعتراف) أقول قال الاتقاني أو قال في جانب المولى اعتراف أو قال في جانب العبد عتق كان أولى انتهى

أونقول ان الكتابة في جانب العبد اعتراف لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد فاعتبرا عتقا في حق هذا الشرط والاعتراف لا يبطل بالشرط الفاسد قال (ولا يتزوج الاباذن المولى) لان الكتابة فكما تجرم مع قيام الملك ضرورة التوصل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه

قد مر قبيل هذا الباب في مسئلة جواز الكتابة على حيوان غير موصوف أن أئمتنا قالوا يشابهة عقد الكتابة للنكاح وعملوا به وأوردوا على الشافعي قوله يشابهة للبيع فكيف يصح منهم العمل ههنا يشبهه بالبيع أيضا ويمكن أن يجاب عنه بأن العمل بالشبهين معا فيما يمكن العمل بهما كما فيما نحن فيه لا ينافي العمل بأحدهما بعبته دون الآخر لرجح الأول على الثاني فيما لا يمكن العمل به معا كما في المسئلة المارة فتأمل (قوله) أونقول ان الكتابة في جانب العبد اعتراف لانه اسقاط الملك وهذا الشرط يخص العبد الخ قال صاحب غاية البيان لو قال في جانب المولى اعتراف أو قال في جانب العبد عتق كان أولى انتهى (أقول) كل من شق كلامه منطوقه أما شقه الأول فلانه لو قال في جانب المولى اعتراف لم يتم المطلوب لان هذا الشرط يخص العبد كما مر ح به المصنف فكذا يلزم من كون الكتابة اعترافا في جانب المولى أن لا يكون الشرط المذكور مفسرا في جانب العبد بخلاف ما اذا كانت اعترافا في جانب العبد كما لا يخفى فلهذا قال ان الكتابة في جانب العبد اعتراف وأما شقه الثاني فلان الاعتراف في قوله في جانب العبد اعتراف مصدر من المبني للفعول دون المبني للفاعل فيقول الى العتق فكان قوله في جانب العبد اعتراف وقوله في جانب العبد عتق بمنزلة واحدة كما لا يخفى ثم قال صاحب الغاية وهذا الذي قالوه ضعيف اذا حصل كلامهم أن الكتابة تشبه العتق والعتق لا يبطل بالشرط الفاسد فلا تفسد الكتابة أيضا بالشرط الفاسد لشبهه بالعتق ولقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن لا تفسد الكتابة أيضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم أن هذا الوجه من البيان ضعيف والأولى ما بيناه آنفا من رعاية الشبهين الى هنا كلامه وقال بعض الفضلاء بعد نقل اعتراض صاحب الغاية على هذا الوجه ولا يخفى عليك أنه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فانها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد أونقول يتدفع بقوله في حق هذا الشرط انتهى (أقول) كل من وجهى دفعه غير سالم أما وجهه الأول فلان كون الكتابة من جانب المولى معاوضة متحقق في كل صورة من الكتابة فلو كان ذلك عللة للفساد لفسدت غير الداخل في صلب العقد أيضا وان رجع الى العمل بكونها معاوضة فيما دخل في صلب العقد وبكونها اعترافا في غير ما دخل فيه رعاية للشبهين رجع هذا الوجه الى الوجه الأول وأما وجهه الثاني فلان التقييد بقوله في حق هذا الشرط لا يدفع الاشكال المذكور اذ لقائل أن يقول اذا كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن يعتبر اعترافا في غير هذا الشرط أيضا (قوله لان الكتابة فكما تجرم مع قيام الملك ضرورة التوصل الى المقصود والتزوج ليس وسيلة اليه) قال بعض الفضلاء تأمل هل يمكن تعميم هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبه نفسها وقال ولا يخفى أنه لا يمكن انتهى (أقول) بل يمكن تعميمه اذا نظرنا أن مدار حكمه بأنه لا يمكن هو ان المكاتبه بتزويج نفسها تمتلئ المهر فيصير ذلك وسيلة الى اكتساب المال الذي هو المقصود من الكتابة وما أخذ ذلك ما ذكره

والاخر فيه سهل قال المصنف (فاعتبرا عتقا في حق هذا الشرط) أقول قال الاتقاني ولقائل أن يقول اذا

كان لشبهه بالعتق أثر ينبغي أن لا تفسد الكتابة أيضا اذا دخل الشرط الفاسد في صلب عقد الكتابة فعلم أن هذا الوجه من البيان ضعيف انتهى ولا يخفى عليك أنه يجوز دفعه بملاحظة قوله من جانب العبد فانها من جانب المولى معاوضة فلذلك فسدت بالداخل في صلب العقد أونقول يتدفع بقوله في حق هذا الشرط والتفصيل في حواشي حميد الدين الضرير فراجع

(ولا يهب ولا يصدق) المكاتب (الابالشي اليسير) وكلامه فيه ظاهر والمجاهر عند العامة هو الغنى من التجار وكأنه أراد المجهر وهو الذي يبيع التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع ويسافر به خرف الى المجاهر كذا في المغرب (ولا يتكفل) لما ذكرنا (ولا يملكه بنوعيه) يعني في الحال سواء كانت بأمر المكفول عنه أو بغير أمره لأن الثاني تبرع محض فكان كالهبة والاول اقراض لأن الكفيل متى أدى صار مقرضاً بما أدى للمكفول عنه والاقراض تبرع وانما قيد بالحال لأنها بعد العتق صحيحة في حقه فكان كفاله ككفالة العبد المحجور عليه فان قيل بدل الكتابة مال في ذمته وتسليم النفس لا ينافي ذلك ولا يضره أجيب بأنه يضره فر بما عجز عن تسليم النفس فيجبس على ذلك وهو يحل بالاكتساب الذي يحصل به المال وقوله (وان زوج أمته جاز) ظاهر وقوله (ثم هو يوجب للمالك مثل ما هو ثابت له) يريد به ملك اليد وهو يملكه ومن ملك شيئاً جاز أن يملكه غيره كالعبر يعبر (بخلاف الاعتاق على مال) فإنه لا يملكه فيوجب للثاني فوق ما أوجب للاول فان العتق يحصل له في الحال بنفس القبول من غير توقف (٢٤٥) على أداء المال وهذا غير ثابت للمكاتب فكان تملك مالاً يملكه وهو لا يجوز (قوله) فان أدى الثاني يعني ان أدى المكاتب الثاني بدل كتابته قبل أداء الاول (عتق الثاني) لتحقيق شرط عتقه (ولو لاؤه للمولى لأنه فيه نوع ملك) لان الثاني مكاتب للمولى بواسطة الاول فكان كتابة المولى الاول بمنزلة كتابة العلة ولهذا لم يجز الاول كان الثاني ملكاً للمولى كالاول (وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة) يقال مولى زيد ومعتق زيد مجازاً وان كان معتق معتقه ولهذا يدخل في الاستئمان على مواليه (فاذا تعدل اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية) اكونه رقيقاً (أضيف اليه) أي الى المولى لكونه علة العلة (كالعبد اذا اشترى شيئاً)

ويجوز باذن المولى لان الملك له (ولا يهب ولا يصدق الابالشي اليسير) لان الهبة والصدقة تبرع وهو غير مالك ليملكه إلا أن الشيء اليسير من ضرورات التجارة لأنه لا يجسد بداء من ضيافة وإعارة ليجمع عليه المجاهر ونوع من ملك شيئاً يملك ما هو من ضروراته ونواحيه (ولا يتكفل) لأنه تبرع محض فليس من ضرورات التجارة والاكتساب ولا يملكه بنوعيه نفساً ومالاً لان كل ذلك تبرع (ولا يقرض) لأنه تبرع ليس من نواحيه الاكتساب (فان وهب على عوض لم يصح) لأنه تبرع ابتداء (وان زوج أمته جاز) لأنها اكتساب للمالك فإنه يملك به المهر فدخل تحت العقد قال (وكذلك ان كاتب عبده) والفاس أن لا يجوز زوجه قول زفر والشافعي لأن ما له العتق والمكاتب ليس من أهله كالأعتاق على مال وجه الاستحسان أنه عقد اكتساب للمالك فملكه كتزويج الأمة وكالبيع وقد يكون هو أن يبيع له من البيع لأنه لا يزل الملك الا بعد وصول البدل اليه والبيع يزله قبله ولهذا يملكه الأب والوصي ثم هو يوجب للمالك مثل ما هو ثابت له بخلاف الاعتاق على مال لأنه يوجب فوق ما هو ثابت له قال (فان أدى الثاني قبل أن يعتق الاول فولأؤه للمولى) لأن فيه نوع ملك وتصح اضافة الاعتاق اليه في الجملة إذا تعدل اضافته الى مباشر العقد لعدم الاهلية أضيف اليه كما في العبد اذا اشترى شيئاً (ولو أدى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه) لان المولى جعل معتقاً والولاء لا ينتقل عن المعتق (وان أدى الثاني بعد عتق الاول فولأؤه له) لان العاقد من أهل ثبوت الولاء وهو الأصل فيثبت له

المصنف فيما ساقى في تعليل مسئلة جواز تزويج المكاتب أمته بقوله لأنها اكتساب للمالك فإنه يملك به المهر فيدخل تحت العقد انتهى ولكنه ليس بتمام فان بين تزويج المكاتبته نفسها وتزويج المكاتب أمته فرقا كما صرحوا به في أثناء شرح مسئلة تزويج المكاتب أمته فيما ساقى وقد أوضحه صاحب النهاية حيث سأل هنالك بأن المكاتب للمالك تزويج أمته بهذه العلة ينبغي أن يملك المكاتبته تزويج نفسها لوجود هذه العلة فيها لانها اكتسب به المهر ونسقط نفقتها عن نفسها ومع ذلك ذكر في باب جناية رقيق المكاتب وولده من كتاب عتاق المبسوط أن المكاتب لا تزوج بغير اذن المولى وأجاب بأن تزويج المكاتبته نفسها ليس لاكتساب للمالك بل لتخصيص والعفة فان مقصودهما من تزويج نفسها شيء آخر

فإن ثبت الملك للمولى لتعذر اثباته للعبد لعدم الاهلية (فلو أدى الاول بعد ذلك وعتق لا ينتقل الولاء اليه لان المولى جعل معتقاً مباشرة حكمه لان العقد انتقل اليه لعدم اهلية المكاتب للاعتاق (والولاء لا ينتقل عن المعتق) مباشرة وقيد بقوله مباشرة لئلا يردح الولاء فان ثمة مولى الجارية ليس معتقاً للولد مباشرة بل تسبباً باعتبار اعتاق الام والأصل ان الحكم لا يضاف الى السبب الا عند تعذر الاضافة الى العلة والتعذر عند عدم عتق الاب فاذا عتق زال فيجوز الولاء الى قوم الاب (وان أدى الثاني) بدل الكتابة (بعد عتق الاول فولأؤه للاول لان المباشر من أهل ثبوت الولاء وهو الأصل فيثبت)

قال المصنف (ويجوز باذن المولى لان الملك له) أقول تأمل هل يمكن تجميع هذا الدليل لعدم جواز تزويج المكاتبته نفسها ولا ينفق أنه لا يمكن (قوله بخلاف الاعتاق على مال فإنه لا يملكه) أقول الاعتاق مصدر من المبني للفعول أي لم يحصل له في حال العتق على المال حتى يملكه غيره



قال (وان أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز) لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه أما الاول فـلانه لسقوط الملك عن رقبته وانبات الدين في ذمة المفلس فأشبه الزوال بغير عوض وكذلك الثاني لانه اعتاق على مال في الحقيقة وأما الثالث فلانه تنقيص للعبد وتعييب له وشغل رقبته بالمهر والنفقة بخلاف تزويج الامة لانه اكتساب لا استفادة المهر على ما مر قال (وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) لانهم ما يملكان الا اكتساب كالمكاتب ولان في تزويج الامة والكتابة نظره ولا تنظر فيما سواهما والولاية نظرية

قال (وان أعتق عبده على مال) قد تقدم أن المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره هنا ليس من ذلك فلا يملكه اه (أقول) قد أخل الشارح المذكور بحق المقام في تقرر الكلام حيث قال ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها مع انه يملك أيضا ما كان من الاكتساب دون التجارة وضروراتها كتزويج أمته وكتابة عبده على ما مر فان الاكتساب أعم من التجارة كما سيحى فالحق ههنا عبارة المصنف حيث قال لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه لا يتال ان مثل تزويج أمته من ضرورات التجارة وان لم يكن من نفس التجارة فأندرج في قوله أو من ضروراتها لانا نقول ليس ذلك من ضروراتها أيضا لان المأذون له يملك التجارة اجماعا ولا يملك تزويج أمته عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما سيأتى وقد تقرر عندهم ان من ملأ شيئا يملك ما هو من ضروراته كما مر من قبل فلو كان ذلك من ضروراتها لملكه المأذون له أيضا اجماعا فلا يحصى عن المحذور في كلام الشارح المزبور الابان يجعل لفظ التجارة في كلامه مجازا عن مطلق الكسب اطلاقا للخاص على العام (قوله وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) يعني يملك الاب والوصي في رقيق الصغير ما يملكه المكاتب في رقيق نفسه ولا يملكان في رقيق الصغير ما يملكه في رقيق نفسه فلهذا كان لا تزويجه ولا يبعه من نفسه ولا اعتاقه على مال كذا قالوا واعترض عليه صاحب الاصلاح والابيض حيث قال فيما نقل عنه في الحاشية لقائل أن يقول الاعتاق على مال أنفع من البيع على ما مر ولا مانع ههنا بخلاف المكاتب فان كون العتق فوق الكتابة مانع عنه فاذا ملك البيع كان ينبغي أن يملك العتق على مال أيضا اه (أقول) لم يعرف هذا الكتاب ولا في كتابه ولا في شيء من الكتب ان العتق أنفع من البيع وانما الذي مروا تفسر في عامة الكتب ان الكتابة أنفع من البيع لانهم لا تزيد الملك الا بعد وصول البدل الى المالك والبيع بزيادة قبله ولا شك ان

(١) قوله أنه أى في أنه اه من هامش الاصل اه صححه

سوى المال فلذلك لم يكن هذا العقد مما يتناول الفك الثابت بالكتابة وقال وبهذا وقع الفرق بين هذا وبين تزويج الامة وعزاه الى المبسوط فنلخص من ذلك الجواب أن الدليل المذكور ههنا يمكن تعميمه لعدم جواز تزويج المكاتب بنفسها أيضا كما لا يخفى تأمل توقف نعم قول جماعة من الشراح وصاحب الكافي بعد قول المصنف والتزوج ليس وسيلة اليه بل فيه التزام المهر والنفقة يشعر باختصاص هذا الدليل بالمكاتب فانه التزام المهر والنفقة انما يتصور في حق المكاتب دون المكاتبه لكن الكلام في امكان تعميم الدليل الواقع في عبارة المصنف ثم ان الدليل الاظهر والخالي عن شائبة توهم الاختصاص بالمدكر ما ذكره صاحب البدائع حيث قال ولا يجوز له ان يتزوج بغير إذن مولاه وكذا المكاتب لان المكاتب عبد مابق عليه درهم وقد قال رسول الله صلى الله عليه وسلم أيما عبد تزوج بغير إذن مولاه فهو طاهر لان المولى يملك رقبته المكاتب والمكاتب يملك منافعه ومكاسبه فصار بمنزلة عبد مشترك بين اثنين (١) أنه لا ينفرد واحدهما بالنكاح انتهى كلامه نعم ما ذكره من الدليلين بعبارة ورد في المذكور ولكن بدلالته بيم المؤنث أيضا لاحتمال (قوله وان أعتق عبده على مال أو باعه من نفسه أو زوج عبده لم يجز لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه) قال صاحب العناية في حل هذا المحل قد تقدم أن المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها واعتاق العبد على مال وغيره مما ذكره هنا ليس من ذلك فلا يملكه اه (أقول) قد أخل الشارح المذكور بحق المقام في تقرر الكلام حيث قال ان المكاتب انما يملك ما كان من التجارة أو من ضروراتها مع انه يملك أيضا ما كان من الاكتساب دون التجارة وضروراتها كتزويج أمته وكتابة عبده على ما مر فان الاكتساب أعم من التجارة كما سيحى فالحق ههنا عبارة المصنف حيث قال لان هذه الاشياء ليست من الكسب ولا من توابعه لا يتال ان مثل تزويج أمته من ضرورات التجارة وان لم يكن من نفس التجارة فأندرج في قوله أو من ضروراتها لانا نقول ليس ذلك من ضروراتها أيضا لان المأذون له يملك التجارة اجماعا ولا يملك تزويج أمته عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله كما سيأتى وقد تقرر عندهم ان من ملأ شيئا يملك ما هو من ضروراته كما مر من قبل فلو كان ذلك من ضروراتها لملكه المأذون له أيضا اجماعا فلا يحصى عن المحذور في كلام الشارح المزبور الابان يجعل لفظ التجارة في كلامه مجازا عن مطلق الكسب اطلاقا للخاص على العام (قوله وكذلك الاب والوصي في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب) يعني يملك الاب والوصي في رقيق الصغير ما يملكه المكاتب في رقيق نفسه ولا يملكان في رقيق الصغير ما يملكه في رقيق نفسه فلهذا كان لا تزويجه ولا يبعه من نفسه ولا اعتاقه على مال كذا قالوا واعترض عليه صاحب الاصلاح والابيض حيث قال فيما نقل عنه في الحاشية لقائل أن يقول الاعتاق على مال أنفع من البيع على ما مر ولا مانع ههنا بخلاف المكاتب فان كون العتق فوق الكتابة مانع عنه فاذا ملك البيع كان ينبغي أن يملك العتق على مال أيضا اه (أقول) لم يعرف هذا الكتاب ولا في كتابه ولا في شيء من الكتب ان العتق أنفع من البيع وانما الذي مروا تفسر في عامة الكتب ان الكتابة أنفع من البيع لانهم لا تزيد الملك الا بعد وصول البدل الى المالك والبيع بزيادة قبله ولا شك ان

قوله (فأما المأذون له) فظاهر وقوله (وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض) ذكر في بعض النسخ وح أن المفاوض يجوز له أن يكتب عبد الشركة بلا خلاف واستدل بنقل عن الكرخي وغيره ليس فيه ذكر الخلاف وقال ترك ذكر الخلاف دليل على الاتفاق وفيه ما فيه رقبه (هو) يعني أبابوسف (قاسه على المكاتب) فإن المكاتب يجوز له أن يزوج الامة فكذلك المأذون له (واعتبره بالاجارة) أي اعتبره بالتزويج بالاجارة فإن المأذون له جازله أن يؤجر عبده أو أمته فكذلك يجوز له أن يزوج أمته وقاسه راعى خبره مترادفان وقبل استعمال القياس بين العيين أي المأذون والمكاتب والاعتبار بين الفعلين أي التزويج والاجارة لان الممانلة (٣٤٧) بين العيين ظاهرة اذ في كل منهما منك

الجر وإطلاق التصرف فكان ذكر القياس فيه أولى بخلاف الفعلين لان الممانلة بينهما ليست الا من حيث الفعلية لا غير لان الاجارة معاوضة مال بمال بخلاف التزويج وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عيين

(قوله وقوله أما المأذون له فظاهر) اقول لا وجه للقاء اذ لا يتضمن المبتدأ معنى الشرط (قوله ذكر في بعض النسخ) اقول يعني غاية البيان (قوله وفيه ما فيه) اقول فإن دلالة ترك ذكر الخلاف على الاتفاق وما ذكره عن الكرخي أيضا منوعة لذكر الامة لا تقتضي لم يقتصر في الاستدلال على ترك ذكر الخلاف من الكرخي وغيره بل نقل عن شرح الجامع الصغير للفقهاء أبي الليث وعن شرح الطحاوي للإمام الاسيحي ما يدل على الاتفاق وما ذكره عن الكرخي أيضا يصلح مؤيدا لذلك ويكني ذلك ذكره في

قال (فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته) وعلى هذا الخلاف المضارب والمفاوض والشرية شركة عنان هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة الاتفاق على مال بزيه قبله أيضا مع ما فيه من اثبات الدين في ذمة المجلس كما مر اتفاقا لم يكن أنفع من البيع لا محالة ولا نظير البيع فبطل قوله فاذا ملكك البيع كان ينبغي أن يملك العتق على مال أيضا (قوله) فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته) اقول في هذا التحريم رافع اشكال لانه ان كان المشار اليه بذلك في قوله فلا يجوز له شيء من ذلك ما ذكره قبيل هذه المسئلة من قوله وان أعتق عبده على مال أو باع نفسه أو زوج عبده لم يجر في بيع كونه أمافي قوله فأما المأذون له فلا يجوز له شيء من ذلك مما ياباه اذ حكم ما ذكره قبيل له أيضا عدم الجواز بنافه قوله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته فان تزويج الامة ليس بداخل في هاتيك الصور المذكرة قبيل هذه المسئلة فسامعني بيان خلاف أبي يوسف فيه وان كان المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب فيتم عليه أنه يجوز له بعض ذلك كالبيع والشراء فانه يجوز ان المأذون له قطعاً كما يجوز ان للمكاتب فلامعنى للسلب الكلّي فان قلت المشار اليه بذلك مجموع ما ذكر في هذا الباب اصاله ومثله جواز البيع والشراء والسفر انما ذكر في أول هذا الباب فتمهيدا لقوله فان شرط عليه أن لا يخرج من الكوفة الخ كما ذكره صاحب العناية ثم قلت قد عرفت هناك ان ما يصلح لتمهيد انما هو مسئلة جواز السفر دون مسئلتى جواز البيع وجواز الشراء فثبت ان ذلك لا يمتد دون الاصاله لا يتم عذرا لاهنا ولا هنا واعلم ان صاحب الوقاية ذكر في هذا الباب أولا ما يصح من تصرفات المكاتب بقوله صح بيعه وشراؤه وسفاره وان شرط ضده وانكاح أمته وكتابه عبداً وثانيا ما لا يصح منها بقوله لا تزوجه الا باذنه ولا هبته ولو بعوض وقد صدقه اذ يسير وتكفله واقراضه واعتاق عبده ولو بمال ثم لما قال وشي من ذلك لا يصح من مأذون ومضارب وشرية فقطن شارحها صدر الشريعة لما في المشار اليه من الانتباه والاشكال فحمل على الاشارة على المنفقات فقط وهي من قوله لا تزوجه الخ لكونها على قرن واحد ولم يحملها على مجموع المنفقات والمثبتات اعمدها في صورتي البيع والشراء من المثبتات وأما في هذا الكتاب فلا يتيسر هذا الترجيح أما أولا فثبت المنفقات لم تذكر فيه على قرن واحد بل ذكرت كل واحدة من المنفقات والمثبتات مختصة مع الاخرى ولانهم الاشارة الى البعض دون الآخر من اللفظ وأما ثانياً فلا لأن قوله وقال أبو يوسف له أن يزوج أمته يمنع ذلك لان تزويج الامة من قبيل المثبتات في المكاتب وأنا أتجيب من شرح هذا الكتاب كيف لم يتعرض أحد منهم ههنا لا لتوجيه ولا للاستشكال مع ظهور الركاكة في التحرير (قوله هو قاسه على المكاتب واعتبره بالاجارة) أي أبو يوسف قاس المأذون له على المكاتب فان المكاتب يجوز له أن يزوج أمته فكذلك المأذون له واعتبره بالتزويج بالاجارة فان المأذون له يجوز له أن يؤجر عبده أو أمته فكذلك يجوز له

هذا المقام ثم قوله يجوز له أن يكتب عبد الشركة سهو من قلم المكاتب والصواب يجوز له أن يزوج الامة اذ الكلام فيه قوله وقيل استعمال القياس) اقول القائل هو السعفي (قوله لان الممانلة بينهما ليست الا من حيث الفعلية) اقول في كلامه فانه ما يتماثلان في كون كل منهما من طرف الكسب (قوله لان الاجارة معاوضة مال بمال الخ) اقول لا يدل على الخ مرادى ارعاه (قوله وفيه نظر لان المراد بالقياس ان كان هو الشرعي الخ) اقول المراد هو القياس الشرعي وقوله لا يكون بين عيين ان أراد أنه لا يكون بين عيين حقيقة فـ لم وان أراد أنه لا يجعل العيان مقبسا ومقبسا عليه مجازا ففساده ظاهر والخبر بالاروية لظهور الممانلة في الاول دون الثاني

ولهما أن المأذون له ملك التجارة وهذا ليس بتجارة فأما المكاتب يتملك الاكتساب وهذا اكتساب  
أن يزوج أمته كذا في الشروح (أقول) في كل من قياسه واعتباره نظراً ما في الأول فلا تلو صح قياس  
المأذون له على المكاتب فيما يجوز له لصح قياسه عليه في كتابة عبده أيضاً فإن المكاتب يجوز له أن يكتب  
عبده فينسعى أن يجوز له المأذون له أيضاً أن يكتب عبده بطريق القياس مع أن كتابة المأذون له عبده  
مما لا يجوز بالاتفاق وأما في الثاني فلا تلو تم اعتبار التزويج بالأجارة من حيث أن جوارها للمأذون له  
يقضي جواز له أيضاً أن يجوز تزويج عبده أيضاً كما يجوز زاجارة عبده وأمته على ما نصوا عليه مع  
أنه لا يجوز له تزويج عبده بالأجاء ثم إن صاحب النهاية قال ثم استعمل لفظ القياس في العينين وهما  
المأذون والمكاتب ولفظ الاعتبار في الفعاين وهما التزويج والأجارة لأن المماثلة بين هذين العينين  
ظاهرة أذ في كل منهما فلك الحجر واطلاق التصرف فكان شرط القياس موجوداً فاستعمل لفظ القياس  
لذلك وأما في هذين الفعاين فالمماثلة بينهما من حيث الفعلية لا غير لما في الأجارة من المعاوضات المالية  
من الجانبين لأن النفع من حكم المالية لا يرى أن الحيوان لا يثبت ديناً في الذمة بمقابلته المنافع كما لا يثبت  
ديناً بمقابلته الأموال الحقيقية في البيع فكان استعمال لفظ الاعتبار هناك أليق اه كلامه (أقول)  
فيه بحث أما أولاً فلا تلو أنه أراد بقوله أذ في كل منهما فلك الحجر واطلاق التصرف أن في كل منهما فلك  
الحجر وأطلاق جميع التصرفات فليس كذلك قطعاً إذ لا يجوز لكل واحد منهما كثيراً من التصرفات على  
ما فصل في كتابه ما وإن أراد بذلك أن في كل منهما فلك الحجر واطلاق التصرف الذي أطلق في  
الآخر أيضاً فليس كذلك أيضاً ألا يرى أنه يجوز للمكاتب أن يكتب عبده ولا يجوز ذلك للمأذون له بالاتفاق  
وإن أراد بذلك أن في كل منهما فلك الحجر واطلاق التصرف بعض من التصرفات في الجملة فهم هذا القدر  
لا تتحقق المماثلة الصحيحة للقياس فضلاً عن ظهورها وأما ثانياً فلا تلو أنه لما في الأجارة من  
المعاوضات المالية من الجانبين الخ لا يدل على أن تكون المماثلة بين ذين الفعاين من حيث الفعلية  
لا غير فإن انتفاء المماثلة الغير الفعلية بينهما من الحيثية المخصوصة لا يستدعي انتفاءها من الحيثيات  
الآخر التي من جملتها كون كل منهما من طرق الكسب فلا يتم التقريب وقال صاحب العناية بعد نقل  
ما في النهاية وفيه نظر لأن المراد بالقياس أن كان هو الشرعي فذلك لا يكون بين عينين وإن كان غير  
ذلك فلا نسلم أوليته اه (أقول) هذا النظر مندفع فإن المراد بالقياس هو الشرعي كما يرشد إليه  
جعله دليلاً على المسئلة الشرعية قوله فذلك لا يكون بين عينين إن أراد به أنه لا يكون بين نفس العينين  
من حيث ذاتهما فهو مسلم ولكن ليس مراد صاحب النهاية باستعمال القياس بين العينين استعماله  
بينهما من تلك الحيثية بل مراد به ذلك استعماله بينهما من حيث علمهما وتصرفهما ولا ريب في جريان  
القياس الشرعي بينهما من هذه الحيثية وإن أراد به أنه لا يكون بين العينين بحقيقة من الحيثيات فهو  
فاسد لا محالة على أنه لو كان المراد بالقياس ههنا غير الشرعي كان منع الأولوية أيضاً ساقطاً لأن لفظ  
القياس أكثر وأهمل استعمالاً في معنى المماثلة من لفظ الاعتبار حتى أن معنى المماثلة كان معتبراً في أصل  
معنى القياس من حيث اللغة وعن هذا قال في صحاح الجوهري وغيره فاس الشيء بالسئي قدوة على مثاله  
فيكون استعمال لفظ القياس في الشئيين اللذين بينهما مماثلة ظاهرة واستعمال لفظ الاعتبار في الأمرين  
اللذين بينهما مماثلة خفية أولى من العكس قطعاً لأن فيه توفيقاً للأقوى للأقوى والضعف للاضعف ثم إن  
رأي صاحب العناية ههنا أن يكون لفظ القياس ولفظ الاعتبار مترادفين حيث قال قبل نقل ما في  
النهاية وقامه واعتبره مترادفان اه (أقول) إن أراد أنهما مترادفان من حيث اللغة فهو ممنوع جداً

وإن كان غير ذلك فلا نسلم  
أوليته (ولهما) وهو الفرق  
بين المأذون والمكاتب (أن)  
المأذون له ملك التجارة  
(وهذا) أي تزويج الأمة (ليس)  
بتجارة) لأنه ليس بمبادلة  
المال بالمال والتجارة ذلك  
(والمكاتب ملك الاكتساب)  
(وهذا) (اكتساب) لأنه اسم  
لما يتوصل به إلى المال  
وبالتزويج يتوصل المولى  
إلى المهر فكان اكتساباً

(قوله وإن كان غير ذلك  
فلا نسلم أوليته) أقول فيه  
بحث

(قوله ولأنه) أى التزويع دليل آخر ومعناه أن اعتبار التزويع بالكتابة لانها مبادلة مال بغير مال أولى من اعتباره بالاجارة لانها مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال (ولهذا) أى ولان التزويع ليس من الاكتساب (لايملك هؤلاء) أى المأذون والمضارب والمفاوض وشريك العنان والمكاتب (كلهم تزويج العبد) لانه ليس باكتساب المال

فصل (لما فرغ من ذكر مسائل من هو داخل في الكتابة بطريق الاصل ذكر في هذا الفصل مسائل من يدخل فيها بطريق التبعية وما يتبعها والتبع يتلو الاصل قال (واذا اشترى المكاتب أباه وأبنة دخل في كتابته) تقديم الاب في الذكراه على ابنة للتعظيم وأما في ترتيب القوة في الدخول في كتابته فالابن مقدم على الاب (٣٤٩) سواء كان مولودا في الكتابة

أو مشترى والمولود مقدم على المشتري فان المولود يظهر في حقه جميع أحكام الكتابة بطريق التبعية فانه يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه بدل الكتابة على نجوم الاب والمشتري يحرم بيعه حال حياته ويقبل منه البدل بعد موت الاب حالا ولا يتمكن من السعاية على لنجوم الاب ليعتبر نقصان حاله عن المولود في الكتابة في التبعية وأما الاب فانه يحرم بيعه حال حياته ابنة المكاتب ولم يقبل منه البدل بعد موته حالا ولا مؤجلا وانما قال دخل في الكتابة ولم يقبل صار مكاتباً لانه لو صار مكاتباً لكان أصلاً ولما بقيت كتابته بعد عجز المكاتب الاصلى وليس كذلك بل اذا عجز المكاتب بيع الاب لما أن كتابة الداخل بطريق التبعية لا الاصله فان

ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة ادهى مبادلة الماز بالمال ولهذا لا يملك هؤلاء كلهم تزويج العبد والله أعلم  
فصل (واذا اشترى المكاتب أباه وأبنة دخل في كتابته)

وان أراد انهم مائة اذ كان في عرف الفقهاء أو المصنفين فلا وجه فليتباع (قوله ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة ادهى مبادلة المال بالمال) أقول يرد على قوله ادهى أى الاجارة مبادلة المال بالمال أنه يلزم حينئذ أن ينتقض تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال بالاجارة مع أنه تعريف مسلم متفق عليه وأورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيه بحث لانه مخالف لما ذكره الشارحون في وجهه مناسبة الكتابة بالاجارة فليتباع (أقول) يمكن التوفيق بين ما ذكره المصنف ههنا وبين ما ذكره الشراح في وجهه مناسبة الكتابة بالاجارة في صدر كتاب المكاتب وهو قولهم أو رد عقد الكتابة بعد عقد الاجارة مناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة ما ليس بمال اه بأن مرادهم ما ليس بمال حقيقة ومراد المصنف بالمال في قوله ادهى مبادلة المال بالمال ما هو مال حكما وان لم يكن مالا حقيقة فان أحد البدلين في عقد الاجارة وهو المنفعة جعل في حكم المال بتسليم رقبة العين واقامته مقام المنفعة بخلاف عقد الكتابة ويفصح عن كون المراد بالمال في قوله ادهى مبادلة المال بالمال ما قلنا أقول صاحب معراج الدراية في تعليل ذلك لما ذكرنا من ان المنفعة في الاجارة في حكم المال اه \* ثم أقول ويمكن أن يحصل المال في تعريفهم البيع بمبادلة المال بالمال على المال الحقيقي دون ما يتناول الحكمي بناء على قاعدة انصرف المطلق على التكامل حينئذ لا يرد انتقاض تعريف البيع بالاجارة لان أحد البدلين هناك مال حكما لا حقيقة كما عرفت آنفا ثم ان عامة الشراح قالوا في تعليل قول المصنف ادهى مبادلة المال بالمال لان المنافع في باب الاجارة مال وقال صاحب النهاية بعد ذلك التعليل ولان المنافع في باب الاجارة تصلح مهرًا في النكاح مع ان النكاح شرع ابتغاؤه بالمال لقوله تعالى أن تتغوا بأموالكم اه وهكذا قال صاحب العناية أيضا غير أنه لم يذكر الواو في قوله لان المنافع في باب الاجارة تصلح مهرًا في باب النكاح بل جعله علته لما قبله (أقول) فيه بحث لانه مخالف لما ذكره المصنف في باب المهر من كتاب النكاح في تعليل قوله وان تزوج حرامرة على خدته ستمائة أو على تعليم القرآن فلها مهر مثلها حيث قال بعد بيان خلاف الشافعي في ذلك ولنا ان المشروع انما هو الاتعاض بالمال والتعليم ليس بمال وكذا المنافع على أصلنا اه فانه صريح في ان المنافع ليست بمال على أصلنا سيما في باب النكاح فتأمل

فصل (لما فرغ من ذكر مسائل وقوع الكتابة بطريق الاصله شرع في ذكر مسائل وقوعها

(٣٣ - تسكله سابق) قيل ما الفرق بين المشتري في الكتابة من الاولاد وبين ما اذا كاتب عبده على نفسه وولده الصغير فانه اذا أعتق المشتري لم يسقط من البدل شيء واذا أعتق الصغير يسقط من البدل ما يخصه أجيب بأن المشتري يسقط من كل وجه

قال المصنف (ولأنه مبادلة المال بغير المال فيعتبر بالكتابة دون الاجارة ادهى مبادلة المال بالمال) أقول فيه بحث لانه مخالف لما ذكره الشارحون في وجهه مناسبة الكتابة بالاجارة فليتباع (قوله ولهذا) أى ولان التزويع ليس من الاكتساب (أقول ان أراد تزويج الامة فلاشك انه من الاكتساب وان أراد مطلقا لم يدع أحد انهم من الاكتساب

فصل (واذا اشترى المكاتب) (قوله والمولود مقدم) أقول أى المولود في الكتابة (قوله فانه يحرم بيعه حال حياته) أقول يعني حال حياة الاب (قوله على نجوم الاب) أقول يعني بعد موته



فلا معتبر به في أمر البدل لثبوت ره قبل دخوله في الكتابة وأما الصغير فقد كان مقصودا بالعقد من وجهه وكان البدل في مقابلته ومقابلة والده فلهذا يسهل ما يخصه ثم المكاتب اذا اشترى من بينه وبينه ولا يدخل في كتابته كما ذكرنا لأنه لم يكن من أهل الاعتاق جعل مكاتبنا تحقيقا للصلة بقدر الامكان (واذا اشترى ذارحم محرر منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة وقال لا يدخل اعتبارا بقرابة الولاد لان وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفرقان في الحر في حق الحرية ولا في حنيفة ان المكاتب كسبا لا ملكا) لأنه ملك لغيره كما عرف ولهذا الاعلاك الهبة ولو اشترى زوجته (٢٥٠) لم يفسد النكاح (والكسب يكفي للصلة في الولاد) لا في غيره (ألا يرى ان

القادر على الكسب مخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يجب نفقة الاخ الاعلى الموسر ولان هذه) أي قرابة الاخوة (توسط بين القرابة البعيدة من (بنى الاعمام) والقرابة القريبة (و) هي (الولد) والمتوسط بين الشبهين ذو حظ منهما (ف) حملنا بالشبهين (و) (الحقناها بالثانية) أي القرابة في العتق حتى اذا ملك الحر أخاه عتق عليه كما اذا ملك والده أو ولده (وبالاولى) أي بالبعيدة (في الكتابة) حتى اذا ملك المكاتب أخاه لم يدخل في كتابته كما اذا ملك ابن عمه (وهذا أولى) من العكس لاننا لو الحقناها بالولاد في الكتابة وجب علينا أن نحققها أيضا في العتق (لأنه أسرع نفوذا من الكتابة حتى ان أحد الشر يكتن اذا كاتب كان لا آخر فسخه واذا أعتق ليس له ذلك) وفي ذلك ابطال لأحد الشبهين وإعمالهما ولو بوجه أولى من إعمال أحدهما قال (واذا اشترى

لأنه من أهل أن يكتب وان لم يكن من أهل الاعتاق فجعل مكاتبنا تحقيقا للصلة بقدر الامكان ألا ترى أن الحر متى كان عتقا لا يعتق عليه (وان اشترى ذارحم محرر منه لا ولاد له لم يدخل في كتابته عند أبي حنيفة وقال لا يدخل) اعتبارا بقرابة الولاد وجوب الصلة ينتظمهما ولهذا لا يفرقان في الحر في حق الحرية وله أن المكاتب كسبا لا ملكا غير أن الكسب يكفي للصلة في الولاد حتى ان القادر على الكسب مخاطب بنفقة الوالد والولد ولا يكتفي في غيرها حتى لا تحب نفقة الاخ الاعلى الموسر ولان هذه قرابة توسطت بين بنى الاعمام وقرابة الولاد فالحقناها بالثاني في العتق وبالأول في الكتابة وهذا أولى لان العتق أسرع نفوذا من الكتابة حتى ان أحد الشر يكتن اذا كاتب كان لا آخر فسخه واذا أعتق لا يكون له فسخه قال (واذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها) ومعناه اذا كان معها ولدها أما دخول الولد في الكتابة فلما ذكرناه وأما امتناع بيعها فلأنها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها وان لم يكن معها ولدها فذلك الجواب في قول أبي يوسف ومحمد لأنها أم ولدها فلا يبي حنيفة

بسييل التبعية وما يتبعها لان التبعية يتلوا الاصل (قوله واذا اشترى أم ولده دخل ولدها في الكتابة ولم يجز بيعها) هذا اللفظ القدوري قال المصنف ومعناه اذا كان معها ولدها وقال صاحب العناية في شرح المقام امرأة المكاتب الفتنة اذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق (أقول) في عبارته خلل لان الفتنة بالتأخر في وصف المرأة تخالف اللغة اذ قد تقر في كتب اللغة عامة ان لفظ القن يستوي فيه الاثنان والجمع والمؤنث حيث قال صاحب المغرب وأما فتنة فلم أسمع اه (قوله وأما امتناع بيعها فلا) لأنها تبع للولد في هذا الحكم قال عليه الصلاة والسلام أعتقها ولدها) قال تاج الشريعة فان قلت اذا ثبت للولد حقيقة الحرية ثبت للام حقها وهما ثبت للسودا حق الحرية فينبغي أن لا يثبت للام حقها تحقيقا لا لخطا رتبته عن الولد قلت للكتابة أحكام منها عدم جواز البيع فيثبت للام هذا الحكم دون الكتابة تحقيقا لا لخطا الرتبة فان قلت لم لا تصير مكاتبه تبعا للولد قلت لان العقد ما ورد عليها اه (أقول) فيه نظر لان عدم ورود العقد عليها لا يقتضي أن لا تصير مكاتبه تبعا للولد وانما يقتضي أن لا تصير مكاتبه أوصالة ألا يرى ان المكاتب اذا اشترى أباه دخل أبوه في كتابته ويصير مكاتبه تبعا لولده كما مر مع ان العقد ما ورد على الاب هنالك أيضا فطعنا فالصواب في الجواب عن السؤال الثاني أن يقال انما لا تصير مكاتبه تبعا للولد تحقيقا لا لخطا رتبته عن ولدها في حق الحرية ألا يرى أنها لا تصير حرة في الحال تبعا لحرية ولدها في الحال بل يثبت لها عتق مؤجل بموت سيدها على ما عرف في موضعه فكذا لا تصير مكاتبه تبعا للولده بل يثبت لها بعض أحكام الكتابة كما ذكر في الجواب عن السؤال الاول بخلاف الاب اذا

أم ولده الخ) امرأة المكاتب الفتنة اذا ولدت قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه فملكها فان ملكها مع الولد فليس له أن يبيعها بالاتفاق لان ولدها دخل في الكتابة كما مر ولم يجز بيعها اذا عجز والام تابعة للولد في هذا الحكم قال صلى الله عليه وسلم أعتقها ولدها وان ملكها وحدها فذلك عندهم لانها أم ولدها فلا يبي حنيفة

(قوله ولان هذه أي قرابة الاخوة) أقول الانسب أن يقال أي قرابة المحرمة غير الولاد (قوله قبل أن يملكها المكاتب بوجه من الوجوه) أقول أي بالشراء والهبة أو الاجارة وقوله بوجه متعلق بقوله يملكها

له أن القياس يجوز بيعها وإن كان الولد معها لأن كسب المكاتب موقوف على أداء جميع البذل فإن أدى عتق وما فضل معه فهو له وإن عجز زاد هو وماله للولي وكل موقوف يقبل الفسخ فكسب المكاتب يقبل الفسخ وما يقبل الفسخ لا يجوز أن يتعلق به ما لا يقبل الفسخ كالاستيلاء لأن ما لا يقبل له أقوى من الذي يقبله والأقوى لا يجوز أن يكون تبعاً للذي لا أنه ثبت هذا الحق وهو امتناع البيع فيما إذا كان معها ولد تبعاً لثبوتها في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت هذا الحق ثبت ابتداء والقياس ينفيه ولقائل أن يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه منافي لصدر الكلام بتحكم والجواب أنه ليس بتحكم وإنما هو من باب الاستحسان بالآثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعقها ولدها ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب وقوله والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما إذا كان معها الولد (٣٥١) (وإن ولد له مكاتب ولمن أمة له

دخل في كتابته لما بينا في المشتري) يعني في أول الفصل حيث قال لأنه من أهل أن مكاتب إن لم يكن من أهل الاعتاق واعترض بأن المكاتب لا يملك التسري فمن أين له وللمن الأمة حتى يدخل في الكتابة وأجيب بأن معنى قوله لا يملك التسري لا يحل له وطء أمته لكن أن وطئ وادعى النسب ثبت النسب كالجارية المشتركة فانه ليس لأحد التسري بيمين وطؤها كمن أن وطئها فولدت وادعى النسب قال في المدسوط جارية بين حر ومكاتب ولدت ولدا فادعاه المكاتب فإن الولد ولده والجارية أم ولده ويضمن نصف عقرها ونصف قيمتها ولا يضمن من قيمة الولد شيئاً لأن المكاتب بماله من حق الملك في كسبه تلك الدعوة كالحرف في قيام الملك في نصفها

وله أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد لأن كسب المكاتب موقوف فلا يتعلق به ما لا يحتمل الفسخ لأنه ثبت به هذا الحق فيما إذا كان معها ولد تبعاً لثبوتها في الولد بناء عليه وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه (وإن ولد له وللمن أمة له دخل في كتابته) لما بينا في المشتري (وكان حكمه حكمه وكسبه له) لأن كسب الولد كسب كسبه ويكون كذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاصه وكذلك إن ولدت المكاتب ولداً لأن حق امتناع البيع ثابت فيما مؤكداً فيسرى إلى الولد كالتدبير والاستيلاء

ملكه ولده فانه يدخل في عين حربة ولده سواء كانت حقيقة الحربة أو حقة تحقيقاً للصلة بقدر الامكان على ما مر ثم قال تاج الشريعة فإن قلت العقد ما ورد على الولد أيضاً قلت ورد على المكاتب والولد حر وهما فيكون وادعاه عليه بخلاف الأمة اه (أقول) فيه أيضاً نظر لأن كون قرابة الولد قرابة جزئية لا يقتضي أن يكون ورود العقد على الأب وروداً على الولد أيضاً ولا يلزم أن تكون كتابة الولد أيضاً فبما نحن فيه أصالة لا تبعاً للولد فلا يصح قول المصنف أن ما دخل الولد في الكتابة فلماذا كرنا كما لا يخفى ويلزم أيضاً أن لا يثبت فرق عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى بين ما إذا كان معها ولدها في الاشتراء وبين ما إذا لم يكن ولدها معها فيه تدبر نقف (قوله له أن القياس أن يجوز بيعها وإن كان معها ولد) وان كان معها ولد إلى قوله وبدون الولد لو ثبت ثبت ابتداء والقياس ينفيه (قال صاحب العناية ولقائل أن يقول القياس كما ينفيه ابتداء ينفيه مع الولد على ما ذكر في أول الدليل فتخصيص نفيه بالابتداء مع أنه منافي لصدر الكلام بتحكم والجواب أنه ليس بتحكم وإنما هو من باب الاستحسان بالآثر وهو قوله صلى الله عليه وسلم أعقها ولدها ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب وقوله والقياس ينفيه يعني ولا نص فيه يترك به القياس بخلاف ما إذا كان معها ولدها إلى هنا كلامه (أقول) في الجواب بحث وهو أن الأثر المذكور لا يفرق بين ما إذا كان معها ولدها وبين ما إذا لم يكن معها ولد بل هو بظاهرها طلاقه يتناول صورتين معاً قوله ولا شك أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب إن أراد أن الأثر المذكور يدل عليه فهو ممنوع جداً وإن أراد به أن ذلك المعنى ثابت مقرر بدون دلالة الأثر المذكور عليه فهو يؤدى إلى المصادرة أذهو أول المسئلة فإن الإمامين لم يقبلوا هذه فلهذا لم يجوز بيع المكاتب امرأته المشتراة التي ولدت منه قبل أن يملكها بناء على أنها أم ولده وإن لم يملك ولدها

ههنا ثبت نسب الولد منه من وقت العلق و ثبت لها حق أمة الولد في حق امتناع البيع تبعاً لثبوت حق الولد (قوله وكان حكمه حكمه) أي حكم الولد بحكم المكاتب (وكسبه له) أي كسب الولد لولده (لأن كسب الولد كسب كسبه) (وكان ذلك قبل الدعوة فلا ينقطع بالدعوة اختصاص المكاتب بكسبه ولده وكذلك إذا ولدت المكاتب من زوجها دخل الولد في كتابته لأن حق امتناع البيع ثابت فيما مؤكداً) فصار من الأوصاف القارة الشرعية والأوصاف القارة الشرعية في الأمهات (كالتدبير والاستيلاء) والحرية والرق تسرى إلى الأولاد فقوله مؤكداً الإشارة إلى ذلك احترازاً عن ولد الأبقة فإن بيعها لا يجوز وامتناع البيع في الأبقة غير مؤكداً إلا بقاها لا بدوم وكذا بيع المستأجرة والجمانية فإن الأمة إذا اتصفت بهما امتنع بيعها لا مقرر وباشئ لكنه ليس بمؤكداً فقوله الأوصاف القارة احترازاً عن مثل هذين الوصفين وقوله لهم الشرعية احترازاً عن السواد والبياض والطول والقصر

فإنهم لا تسرى وإذا سرت كتابتها إلى ولدها لم يجز بيعه كالم يجز بيع أمه قال (ومن زوج أمته من عبده) هذا أيضا بناء على أن الأوصاف القادرة الشرعية في الأمهات تسرى إلى الأولاد ولهذا كان الولد إذا خلا في كتابة الأم وكسبه لها (قوله لأن تبعية الأم أرحم) إشارة إلى ما ذكرنا ولهذا استوضح بقوله ولهذا يتبعها في الرق والحرية وفي بعض النسخ دخل في كتابتها ما وكسبه لها أي في الدخول يتبعها ما وفي الكسب يتبعها خاصة والأول هو الوجه لأن فائدة الدخول هو الكسب وإنما كان تبعية الأم أرحم لأنه جزء منها بحيث يقرض منها بالمقراض قال (وإن تزوج المكاتب بأذن مولاه امرأه زمت أنما حرة فولدت منه ثم استحققت فأولادها عبيد ولا يأخذهم المكاتب بقيمة يؤديها إلى المستحق عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وأولادها حرة بالقيمة) لأنه ولد المأثور ولو جرد سببه وهو الغرور لأنه ما رغب في نكاحها إلا لنيل حرة الأولاد فيجب عليه قيمة الأولاد والمهر في الحال لوجود الأذن من المولى والأولاد حرة كذا في المسوط وفي شروح الجامع الصغير أن قيمة الأولاد عنده: أخر أداؤها (٣٥٣) إلى ما بعد العتق وإليه أشار المصنف بقوله (لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة الخ) ثم إذا غرم القيمة

يرجع عليها عنده لأن الغرور حصل منه (ولهما أنه مولود بين رقيقين والمولود بين رقيقين رقيق) وهذا لأن الأصل في الولد أن يتبع الأم في الرق والحرية لكن تركنا هذا الأصل فيما إذا كان الرجل حرا بإجماع الصحابة) وقد قررناه في

التفسير (وهذا) أي ولد المكاتب (ليس في معناه لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وهما بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق) فكان المانع عن الالتحاق به موجودا وهو الضرر اللاحق بالمستحق في التأخير (فيبقى على الأصل ولا يلحق به وإذا اشترى المكاتب أمة ووطئها بغير إذن المولى) أو بآذنه لكنه قال بغير إذنه لئيبين منه ما إذا كان بآذنه

قال (ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولد أدخل في كتابتها وكان كسبه لها) لأن تبعية الأم أرحم ولهذا يتبعها في الرق والحرية قال (وإن تزوج المكاتب بأذن مولاه امرأه زمت أنما حرة فولدت منه ثم استحققت فأولادها عبيد ولا يأخذهم بالقيمة وكذلك العبد إذا نزل المولى بالتزويج وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وأولادها حرة بالقيمة) لأنه شارك الحر في سبب ثبوت هذا الحق وهو الغرور وهذا لأنه ما رغب في نكاحها إلا لنيل حرة الأولاد وله ما أنه مولود بين رقيقين فيكون رقيقا وهذا لأن الأصل أن الولد يتبع الأم في الرق والحرية وخالفنا هذا الأصل في الحر بإجماع الصحابة رضي الله عنهم وهذا ليس في معناه لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وهما بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق فيبقى على الأصل ولا يلحق به قال (وإن وطئ المكاتب أمة على وجه الملك بغير إذن المولى ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة

قط على أن قوله ولا شئ أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب ليس بتمام على قول أصحابنا جميعا لأنه إن أراد بالملك في قوله إذا ملكه الأب ملك المملوك ليس بشرط في اعتناق الولد أمه عند أحد من الفقهاء ألا يرى أن الحر إذا استولد أمة نفسه لا يجوز بيعها بالائتمار المزبور بعينه مع أن الولد هناك ليس بمألول للأب ملك المملوك ولا ريب وإن أراد بذلك ملك التصرف في أمره بالولاية عليه فهو أيضا ليس بشرط في اعتناق الولد أمه عند أصحابنا فإن من استولد أمة غيره بنكاح ثم ملكها أصارت أم ولده عند أصحابنا جميعا على ما مر في باب الاستيلاء من كتاب العتاق فلا يجوز بيعها عندهم مع أن التصرف في أمر ذلك الولد في الولاية عليه إنما هو لذلك الغير الذي كان مولى ذلك الولد بسبب أن كانت الأمة بمأوكته عند الاستيلاء لا لآبائه فظهر أن قوله ولا شئ أن الولد إنما يعتق الأم إذا ملكه الأب ليس بتمام على كل حال (قوله ومن زوج أمته من عبده ثم كاتبها فولدت منه ولد أدخل في كتابتها وكان كسبه لها) وفي بعض النسخ دخل في كتابتها ما وكان كسبه لها أي في الدخول يتبعها ما وفي الكسب يتبعها خاصة والأول هو الوجه لأن فائدة الدخول هو الكسب كذا في العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه تأمل أذيجوز أن يقال فائدة أن يعتق بعقتها سواء كسب أم لا بأن لم يبلغ مبلغ الكسب مثلاً انتهى (أقول) ليس

هذا

يطرق الأولى (ثم استحقها رجل فعليه العقر يؤخذ به في الكتابة) من غير تأخير إلى الاعتناق

(قوله والأول هو الوجه لأن فائدة الدخول هو الكسب) أقول فيه تأمل أذيجوز أن يقال فائدة أن يعتق بعقتها سواء كسب أم لا بأن يبلغ مبلغ الكسب مثلاً قال المصنف (وهذا ليس في معناه لأن حق المولى هناك مجبور بقيمة ناجزة وهما بقيمة متأخرة إلى ما بعد العتق فيبقى على الأصل ولا يلحق به) أقول قيل وعلى تقدير أن يجب القيمة عند محمد خلافاً فنقول ولد المكاتب ليس في معنى الحر لأنه انطلق من ماء الرقيق وولد الحر انطلق من ماء الحر فافترقا من هذا الوجه فلا يلحق جلد بولد الحر المأثور بالقياس والدلالة فتأمل (قوله وهذا لأن الأصل في الولد أن يتبع الأم في الرق والحرية) أقول قد يكون الولد حراً من زوجين قنينين بلا تمييز ووصية وصورة أنه أن يكون للحر ولد وهو قن لا حني فزوج الأب أمته من ولده برضا مولاه فولدت الأمة ولدا فهو حر لأنه ولد للمولى كذا في جامع الفصولين ولا ترد هذه نقضا على الكلية لأنهم مقيدة بانتفاء المانع

(وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق) فيما اذا كان بغير انثى (و) حكم (المأذون له كذلك) فكذا كان أو مدبر أو الفرق المذكور في الكتاب تقر به الكتابة أو جبت الشراء والشراء أو جبت سقوط الحد وسقوط الحد أو جبت العقر فالكتابة أو جبت العقر ولا كذلك النكاح وباقي كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح

**فصل** مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل (قوله واذا ولدت المكاتبة من المولى) وذلك بان ادعاها (فهى بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولده) سواء صدقته اذا ادعى أو كذبه لان المولى حقيقة الملك في رقبته وأولها حق الملك والحقيقة رابحة فيثبت من غير قصد بى وانما تخير (لانه تلقتما جهتها حرية عاجلة ببدل وأجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى) سواء جاءت به لسته أشهر أو أكثر (وهو حر لان المولى (٣٥٣) يملك الاعناق في ولدها) لان الدعوى من المولى كالنحرير وانه يملك

وان وطئها على وجه النكاح لم يؤخذ به حتى يعتق وكذلك المأذون له) ووجه الفرق أن في الفصل الاول ظهر الدين في حق المولى لان التجارة ونوايعها داخل تحت الكتابة وهذا العقر من نوايعها لانه لو لا الشراء لماسقط الحد ومالم يسقط الحد لا يجب العقر أما لم يظهر في الفصل الثانى لان النكاح ليس من الاكتساب في شئ فلا تنظمه الكتابة كالكفالة قال (واذا اشترى المكاتبة جارية شراء فاسدا ثم وطئها فردها أخذ بالعقر في المكاتبه وكذلك العبد المأذون له) لانه من باب التجارة فان التصرف تارة يقع صحيحا ومرة يقع فاسدا والكتابة والاذن ينتظمانه بنوعيه كالنحو كليل فكان ظاهرا في حق المولى

**فصل** قال (واذا ولدت المكاتبة من المولى فهى بالخيار ان شاءت مضت على الكتابة وان شاءت عجزت نفسها وصارت أم ولده) لانها تلقتما جهتها حرية عاجلة ببدل وأجلة بغير بدل فتخير بينهما ونسب ولدها ثابت من المولى وهو حر لان المولى يملك الاعناق في ولدها وماله من الملك بكنى لصحة الاستيلاء بالدعوة واذا مضت على الكتابة أخذت العقر من مولاه لا اختصاصا بنفسها وبمنافعها على ما قدمنا ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة وان ماتت هى وترك مال لا تؤدى منه مكاتبته وما بقى ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر هذا بشئ لان المراد أن فائدة دخول الولد في كتابة الاب هو الكسب له لا غير لانه لا يتبع الاب في الرق والحرية فلما كان كسبه للام خاصة لم تحقق فائدة قط في دخوله في كتابة أبيه فكان القول بدخوله في كتابة أمه فقط هو الوجه ثم ان عتق الولد يعتق أمه انما يكون فائدة للولد نفسه لا للدخول فيه والكلام في الشافى ولئن سلم تميم الفائدة أو جعل فائدة الولد فائدة لأمه أيضا فذلك الفائدة أيضا انما تحقق بالنظر الى دخوله في كتابة أمه فقط فلا ينافى كون الاول هو الوجه بل يؤيده ما حديث أن لا يبلغ الولد مبلغ الكسب فلا فائدة له ههنا لان المراد بفائدة الدخول ما يصلح أن يكون فائدة في الجملة والكسب كذلك فانه على تقدير حصوله يصير فائدة

**فصل** مسائل هذا الفصل نوع آخر من جنس مسائل الفصل الاول ففصلها بفصل ووصلها بالذكور كذا في الشروح (قوله ثم ان مات المولى عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة) قال تاج الشريعة فان قلت ينبغى أن لا يسقط لان الاكساب تسلم لها وكذا أولادها

بالكتابة (ثم ان مات المولى) يعنى بعدم مضىها على الكتابة (عتقت بالاستيلاء وسقط عنها بدل الكتابة) على ما ذكره فان قيل وجب أن لا يسقط لان الاكساب ههنا تسلم لها وهذا آية بقاء الكتابة أجيب بأن الكتابة تشبه المعاوضة والنظر الى ذلك لا يسقط البدل وتشبه الشرط وبالنظر اليه يسقط ألا يرى أنه لو قال لا امرأته ان دخلت الدار فانت طالق ثم طلقها ثلاثا بطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاء بطلت جهة الكتابة به فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب عملا بشبه المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بشبه الشرط (وان ماتت هى وترك مال لا تؤدى منه مكاتبته وما بقى ميراث لابنها جريا على موجب الكتابة وان لم تترك مالا فلا سعاية على الولد لانه حر

(قوله تقر به الكتابة أو جبت الشراء) أقول فيه بحث الآن يقال المراد أو جبت صحة الشراء **فصل** واذا ولدت المكاتبة (قوله سواء صدقته اذا ادعى أو كذبه لان المولى حقيقة الملك) أقول فيه بحث الآن يقال المراد أو جبت صحة الشراء (قوله فعملنا بالشبهين) أقول نظر اليها



ولو ولد ولد آخر (وهي ماضية على الكتابة) لم يلزم المولى بالسكوت لان نسب ولد أم الولد انما يثبت بالسكوت اذ لم تكن محرم الوطء وهذه محرم وطؤها فلا يلزم من الدعوى (٣٥٤) وباقى كلامه ظاهر والله اعلم قال (واذا كاتب المولى أم ولده جاز) واذا كاتب المولى أم

ولده جاز لان الكتابة بتوسل  
بها الى ملك السيد في الحال  
والحرية عند أداء البذل  
وحاجة أم الولد الى استفادة  
هذا المعنى قبل موت المولى  
كحاجة غيرها فكان

ولو ولد ولد آخر لم يلزم المولى الا أن يدعى حرمة وطئها عليه فلا يلزم بدع ومات من غير وفاء سجي  
هذا الولد لانه كاتب تبعاتها فلموات المولى بعد ذلك عتق وبطل عنه السعاية لانه بمنزلة أم الولد اذ هو  
ولدها فثبت بها قال (واذا كاتب المولى أم ولده جاز) لحاجته الى استفادة الحرية قبل موت المولى وذلك  
بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقى حاجتها حرية (فان مات المولى عتقت بالاستيلاء) لتعلق عتقها  
بموت السيد

التي اشتراها بعد الكتابة وهذا آية بقاء الكتابة قلت الكتابة تشبه المعاوضة والنظر الى ذلك لا يسقط  
البذل وتشبه الشرط والنظر اليه يسقط الا يرى انه لو قال لامرأته ان دخلت الدار فأنت طالق ثم طلقها  
ثلاثا يبطل التعليق فلما عتقت بالاستيلاء بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا بسلامة الاكساب  
عملنا بجهة المعاوضة وقلنا بسقوط بدل الكتابة عملا بجهة الشرط انتهى كلامه وقد اقمنا أثره صاحب  
العناية والشارح العيني في هذا السؤال والجواب (أقول) في الجواب نظر أما أولاً فلانه قد تقرر فيما  
مر مراراً أن العمل بالشبهين انما يتصور فيما يمكن الجمع بين الجهتين وههنا ليس كذلك لان جهة كون  
الكتابة معاوضة تستلزم عدم سقوط البذل وجهة كونها شرط تستلزم سقوطه وهما أي السقوط  
وعدمه متنافيان قطعاً لا يمكن اجتماعهما في محل واحد في حالة واحدة وتنافي الا زمني بوجوب تنافي  
المزمنين فلا يمكن اجتماعهما كذلك وأما ثانياً فلان العمل بالشبهين لو تقرر ههنا فاعلمنا بتصور عند  
ثبوت الكتابة لانها هي المشابهة لكل من المعاوضة والشرط لا عند بطلانها لانه ينتهي حينئذ محل المشابهة  
بالكلية فبما معنى قول هؤلاء الشراح فلما عتقت بالاستيلاء بطلت جهة الكتابة فعملنا بالشبهين وقلنا  
بسلامة الاكساب عملاً بشبهه المعاوضة وقلنا بسقوط الكتابة عملاً بشبهه الشرط \* ثم أقول الحق في  
الجواب عن ذلك السؤال ما أشار اليه المصنف في المسئلة الثانية بقوله غير أنه تسلم لها الاكساب والاولاد  
لان الكتابة انفسخت في حق البذل وبقيت في حق الاكساب والاولاد لان القسح لنظرها والنظر فيما  
ذكرناه انتهى تأمل (قوله واذا كاتب المولى أم ولده جاز لحاجتها الى استفادة الحرية قبل موت المولى  
ذلك بالكتابة ولا تنافي بينهما لانه تلقى حاجتها حرية) قال صاحب العناية لا يقال أحدهما يقتضي  
العتق ببذل والآخر بلا بدل والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا متنافيين لانه لا تنافي بينهما ما يكونهما  
جهتي عتق تلقاها على سبيل البذل انتهى ورد بعض الفضلاء قوله والعتق الواحد لا يثبت بهما فكانا  
متنافيين بأن قال ان أراد الوحدة الشخصية فغير مسلم كيف وفي العتق بالكتابة تسلم لها الاكساب  
بخلاف العتق بأمومية الولد وان أراد النوعية فلا تنافي انتهى (أقول) وهو مردود بشقيه أما شقه  
الاول فلان صاحب العناية ان أراد بقوله والعتق الواحد لا يثبت بهما الوحدة الشخصية كما هو الظاهر  
فلا مجال لعدم تسليمه لانه ما قال العتق الواحد يثبت بهما حتى لا يسلم ذلك ويجعل اختلاف العتق  
بالكتابة والعتق بأمومية الولد في الموازئ سند المنع ذلك بل قال العتق الواحد لا يثبت بهما وعدم ثبوت  
العتق الواحد الشخصي بالسببين المختلفين في الموازئ أمر جلي لا يقبل المنع وما ذكره ذلك البعض في  
معرض السند بقوله كيف وفي العتق بالكتابة الخ لا يصلح أن يكون سند المنع ذلك بل انما يكون علته  
لسقوط المنع عنه وأما شقه الثاني فلانه ان أراد بقوله فلا تنافي في قوله وان أراد النوعية فلا تنافي  
أنه لا تنافي بينهما من حيث الاجتماع فهو ممنوع كيف والعتق بالكتابة يستلزم سلامة الاكساب لها  
بخلاف العتق بأمومية الولد فاني مجتمعان معاوان أراد بذلك أنه لا تنافي بينهما من حيث التلقي على سبيل

جائزاً لا يقال أحدهما  
يقتضي العتق ببذل  
والآخر بلا بدل والعتق  
الواحد لا يثبت بهما فكانا  
متنافيين لانه لا تنافي بينهما  
لكونهما وجهتي عتق  
تلقاها على سبيل البذل  
وعورض بأن ما لبسته أم  
الولد غير متقومة عند أبي  
حنيفة فكيف يقابلها  
بدل متقوم وأجب بأن  
ملك المولى فيها ثبات يدا  
ورقبة والكتابة لرفع  
الاول في أول الحال ولرفع  
الثاني في الثاني والملاك  
يجوز أن يقال ببذل  
متقوم وان لم يكن متقوماً  
كذلك القصاص اذا عفا  
بعض الاولياء فانه يقابل  
حصة الآخرين بالمال  
(فان مات المولى عتقت  
بالاستيلاء لتعلق عتقها  
بموت السيد

(قوله والعتق الواحد  
لا يثبت بهما فكانا  
متنافيين) أقول ان أراد  
الوحدة الشخصية فغير  
مسلم كيف وفي العتق  
بالكتابة تسلم لها الاكساب

بخلاف العتق بأمومية الولد وان أراد النوعية فلا تنافي (قوله على سبيل البذل) أقول وتوارد علمين ممنوعين البذل  
الاجتماع على مألوف واحد شخصي لا يمنع

وسقط عنها بدل الكتابة لان الغرض من ايجاب البذل العتق عند الاداء فاذا اعتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فيسقط ويبطل الكتابة لامتناع ابقائها بلا فائدة) بالنسبة الى البذل وبقيت في حق الاولاد والا كساب يعتق الاولاد وتخلص لها الا كساب ولقائل أن يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب أن تحقيق كلامه أن بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين أحدهما أن تبطل بمجرد المكاتب عن ابقاء البذل والثاني أن تبطل بانتهائه بإيقاعه وبالأول يعود رقيقا وأولاده وأكسابه لمولاه وبالثاني يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقي من أكسابه وحيث احتجنا به هنا الى بطلان الكتابة تطرأ المكاتب وكان النظر له في الثاني دون الاول صرنا اليه لا يقال في كلام المصنف تسامح لانه علل بطلانه بامتناع بقاءه من غير فائدة ثم علله بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعمل بعلمتين مختلفتين لان الكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه وعلى الثانية بالاولى والاولى بالثانية فتأمل فاعله شديد (ولو أدت المكاتب) بالنسبة أي بدل الكتابة وفي بعض النسخ ولو أدت الكتابة وهو بتقدير مضاف (قبل موت المولى) عتقت بالكتابة لانها باقية وان كاتب مدبرته (وضع المسئلة مناسبة لما تقدم من أم الولد ووضعه في المبسوط في المدبر وانما جاز كتابتها لوجود مقتضى وهو الحاجة فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية لاحقيتها وانتفاء المانع وهو عدم المناهضة كما تقدم

قال المصنف (غير أنه تسلم لها الا كساب والاولاد) أقول قال الاتفاقى (٣٥٥) لم نجد فيه الرواية المنصوصة ولقائل أن

يقول النظر اليها في ابقاء حقها اليها وحقها الحرية وقد حصل لافي ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم تعتق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لانهما اعتقت بالاستيلاء بالكتابة ولنا في قوله تسلم لها الاولاد أيضا ظر لا أنه لا حاجة الى ذكر الاولاد بالتعليم الذي ذكره لان الكتابة لو اعتبرت مفسوخة أضاف حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم والد أم الولد

(وسقط عنها بدل الكتابة) لان الغرض من ايجاب البذل العتق عند الاداء فاذا اعتقت قبله لم يمكن توفير الغرض عليه فسقط وبطلت الكتابة لامتناع ابقائها بغير فائدة غير أنه تسلم لها الا كساب والاولاد لان الكتابة انفسخت في حق البذل وبقيت في حق الا كساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه ولو أدت المكاتب قبل موت المولى عتقت بالكتابة لانها باقية قال (وان كاتب مدبرته جاز) لما ذكرنا من الحاجة ولا تنافي اذا الحرية غير ثابتة وانما الثابت مجرد الاستحقاق

البذل فهو عين ما قاله صاحب العناية في تعليل لا يقال (قوله غير أنه تسلم لها الا كساب والاولاد) لان الكتابة انفسخت في حق البذل وبقيت في حق الا كساب والاولاد لان الفسخ لنظرها والنظر فيما ذكرناه) قال صاحب غاية البيان ولقائل أن يقول النظر في ابقائها اليها وحقها الحرية وقد حصل لافي ابطال حق الغير لان الكسب حصل لها قبل موت المولى وكلامنا فيه ولم تعتق هي قبل موت المولى بل هي مملوكة حينئذ فينبغي أن يكون الكسب للمولى لانهما اعتقت بالاستيلاء بالكتابة انتهى وقال بعض الفضلاء بعد نقل هذا الايراد عن الشارح المزبور وأنت خير بأن ليس فيه ابطال حق الغير لأنها عتقت وهي مكاتب ومملوكة يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل انتهى (أقول) ليس هذا بدفع صحيح لملك المكاتب والمكاتب في أكسابها وانما هو يد الارقية ولهذا لا يملك التبرع فيها وانما رقية أكسابها ملك مولاهما كرقبة أنفسهما ما لم يؤدى بدل كتابتهما بالتمام كما يفهم هذا كما عمامسابق ومما يأتي فقوله ومملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه ليس بجيد لان ملكها في كسبها لا يمنع ملك الغير الذي هو المولى فيه

حكم الام لانه تابع الام حالة الولادة اه كلامه وأنت خير بأنه ليس فيه ابطال حق الغير لانما اعتقت رهي مكاتب ومملكها يمنع من ثبوت ملك الغير فيه تأمل (قوله فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة) أقول امتناعه غير بين ولا بين في العقود الشرعية فكيف لها تناظر (قوله والثاني أن تبطل بانتهائه بإيقاعه) أقول فيه شيء فإن بالابقاء يتقرر ولا يبطل والحق ان بطلان الثاني لحصول المعلول وهو العتق بعدالة أخرى فالسعي في ابقائها بعده يكون سعي في تحصيل الحاصل وهذا هو الذي أشار اليه المصنف على ما قرره الشارح (قوله وكان النظر له في الثاني دون الاول صرنا اليه) أقول وفيه انه ليس في الثاني ابقاء الكتابة مع بطلانها وكان الكلام فيه وجوابه أن عتقها كانت بامومية الولاية حقيقة لكن جعلت الكتابة باقية ثم منتهية باطلا بالابقاء نظر اليها فليس الابقاء والابطال في زمان واحد حتى يتنافيا فتأمل (قوله والمعلول الواحد بالشخص لا يعمل بعلمتين مختلفتين) أقول اذا كانتا قريتين ولان ذلك فيما نحن فيه (قوله لان الكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه) أقول أراد من قوله هي أولا العتق ومن قوله هي ثانيا البذل (قوله فان الثابت بالتدبير مجرد استحقاق الحرية) أقول وعلى هذا أقول المصنف اذا الحرية غير ثابتة لتعليل لوجود المقتضى والظاهر انه تعليل لا انتفاء المانع فانه لو ثبت لاحقية الحرية بالتدبير امتنعت الكتابة به أو بكليهما (قوله وانتفاء المانع) أقول معطوف على قوله لوجود المقتضى

رقبة فلا يدفع الاستشكال بلزوم ابطال حق الغير بالنظر الى ملك الرقبة ثم قال صاحب العناية ولنا في قوله تسلم لها الاولاد ايضا نظر لانه لا حاجة الى ذكر الاولاد بالتعليل الذي ذكره لان الكتابة لو اعتبرت مفسوخة ايضا في حق الاولاد يكون النظر لها باقيا لان حكم ولد أم الولدة حكم الأم لانه تابع للأم حالة الولادة انتهى كلامه (أقول) هذا النظر ساقط جدا لان المراد بالاولاد التي ذكرت بالتعليل المذكور هي الاولاد التي ولدت قبل كتابة أمهم من غير مولى أمها وقد اشترتها أمها حالة الكتابة كما صرح به تاج الشريعة حيث فسر الاولاد في قول المصنف تسلم لها الا كساب والاولاد بقوله أي الاولاد التي اشترتها المكاتب في حال الكتابة لا الاولاد التي ولدت من مولاها انتهى ولاشك في الحاجة الى التعليل الذي ذكره المصنف في بيان سلامة أمثال تلك الاولاد اذا لو اعتبرت الكتابة مفسوخة ايضا في حق أمثالهم لكافوا أرفاه لورثة المولى فلم يكن النظر لها باقيا في حقهم اذ ذلك قطعاً وقال صاحب العناية في هذا المقام ولقائل أن يقول الكتابة عقد واحد فكيف يتصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة والجواب أن تحقيق كلامه ان بطلان عقد الكتابة يتصور باعتبارين أحدهما أن يبطل بعجز المكاتب عن إيفاء البذل والثاني أن يبطل بانتهائه بإفائه وبالأول يعود رقيقاً وولده وأكسابه لمولاه والثاني يعتق هو وأولاده ويخلص له ما بقي من أكسابه وحيث احتجنا الى ابطال الكتابة نظراً للمكاتب وكان النظر له في الثاني دون الأول صرنا اليه (أقول) لا السؤال شيء ولا الجواب أما الأول فلان كون الكتابة عقداً واحداً لا ينافي تصور بطلانه وعدم بطلانه في حالة واحدة اذا كان من جهتين مختلفتين فانهم شرطوا في تحقق التناقض أموراً منها واحدة الجهة وههنا لم تتحقق تلك الوحدة لان بطلان عقد الكتابة من جهة البذل وعدم بطلانه من جهة الاولاد والا كساب كما يفهم عنه قول المصنف لان الكتابة انقضت في حق البذل وبقيت في حق الا كساب والاولاد فلا محذور أصلاً وأما الثاني فلو جوه أحدهما أن انتهاء الكتابة بإيفاء البذل انما هو تمامها وتقررها فجعل أحد طريق بطلانها بما لا يساعده العقل والنقل وثانيها أن المكاتب في مستثنائه ممن لم يقع منه إيفاء البذل فكيف يحمل بطلان الكتابة في حقها على إيفائه واعتبار غير الواقع واقعه المجرد النظر لها بما لا نظيره في قواعد الشرع وثالثها أن قول المصنف لان الكتابة انقضت في حق البذل وبقيت في حق الا كساب والاولاد ينافي المعنى الذي عده الشارح الزبور تحقيق كلامه لانه على تقدير أن يحمل المقام على انتهاء الكتابة بإيفاء تمام البذل يصير اتمام الكتابة في حق البذل وفي حق الا كساب والاولاد على السواء كما هو الحال عند إيفاء البذل حقيقة فلا يكون لاعتبار انفساخ الكتابة في حق البذل وبقائها في حق الا كساب والاولاد وجه ورابعها ان جل بطلان عقد الكتابة ههنا على المعنى الثاني الذي نخصه به هذا الشارح لا يدفع أصل السؤال لان بطلان العقد على أي معنى كان وعدمه في حالة واحدة متساويان قطعاً اذا كان من جهة واحدة وان صير الى اختلاف الجهتين لا يبقى احتياج الى مقدمة من مقدمات الجواب المذكور أصلاً ثم قال صاحب العناية لا يقال في كلام المصنف تسامح لانه علة بطلانه بامتناع بقائه من غير فائدة ثم علة بالنظر له والمعلول الواحد بالشخص لا يعمل بعلمين مختلفتين لان للكتابة جهتين جهة هي للمكاتب وجهة هي عليه وعمل الثانية بالاولى والاولى بالثانية فتأمل فاعله سديد الى هنا كلامه (أقول) هذا السؤال أيضاً ليس بشيء وجوابه ليس بسديد أما الأول فلان المعلول الواحد بالشخص انما لا يعمل بعلمين مستقلين على سبيل الاجتماع وأما على سبيل البذل فيعمل بهما قطعاً على ما تبين في موضعه والامر فيهما نحن فيه وفي سائر المسائل التي يذكر لها دليلان أو أدلة كذلك فان المقصود في أمثال ذلك التنبيه على أن كل واحد من الدليلين أو الأدلة مما يصح أن يعمل به المطلوب بدلا عن الآخر وأما الثاني فلان كون المعلول بالعلة الاولى الجهة التي هي على المكاتب ممنوع

قال (وان مات المولى ولا مال له سواها تخيرت بين السعي في ثلثي قيمته ام دبيرة لافته وفي جميع بدل الكتابة عند أبي حنيفة) وقد أوضح كلامه فتعرض لبعضه زيادة ايضاح (قوله فتخير) لان في التخيير فائدة وان انحدر الجنس (٣٥٧) لجواز أن يكون أداء أكثر المالكين

أيسر باعتبار الاجل وأداه أقلهما أو سر لكونه حالافكان التخيير منبدا (قوله) وجب عليها أحد البدلين فتختار الاقل (قد اعترض عليه بأن الاعتاق للمالم يتجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير لعنق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجب السعابة في ثلثي قيمتها لا غير وأجيب بأن قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها فتبينت ذلك فلربما يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه وقوله (انه قابل البديل بالكل) لانه أضاف العقد الى ذاتها فقال كاتبك على كذا والحل قابل لها كالفئة فتصير كلها مكانية (وقد سلم لها الثلث بالتدبير) فيسقط ما قابل من البديل والالكان ما فرضناه سالما غير سالما هذا خلف باطل وقوله (وصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة) وصورته أن يكتب عبده أو لا ثم يدبره ثم يموت ولا مال له سواء فإنه يسقط عنه ثلث البديل بالاتفاق وهي المسئلة التي تلي هذه المسئلة وقوله (لانها استحققت حربة الثلث نظاها) أي مكشوفاتنا لا يخفى على أحد لان اخرجها عن الملك بغير الاعتاق غير صحيح فان

(وان مات المولى ولا مال له غيرهما فهي بالخيار بين أن تسمى في ثلثي قيمتها أو جميع مال الكتابة) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف تسعي في الأقل منهما وقال محمد تسعي في الأقل من ثلثي قيمتها وثاني بدل الكتابة فاختلاف في الخيار والمقدار فأبو يوسف مع أبي حنيفة في المقدار ومع محمد في ثلثي الخيار أما الخيار ففرع تجزؤ الاعتاق عندهم لتجزؤ ثلثي رقبتهما وقد تلقاها جها تاحرية ببدلين مجمل بالتدبير ومو أجل بالكتابة فتخير وعندهما للماعتق كلها باعتق بعضها فهي حرة وجب عليها أحد المالكين فتختار الاقل لا محالة فلامعنى للتخيير وأما المقدار فلمحمد رحمه الله أنه قابل البديل بالكل وقد سلم لها الثلث بالتدبير في المحال أن يجب البديل بمثلته ألا ترى أنه لو سلم لها الكل بأن خرجت من الثلث يسقط كل بدل الكتابة فهنا يسقط الثلث وصار كما اذا تأخر التدبير عن الكتابة ولهما أن جميع البديل مقابل ثلثي رقبتهما فلا يسقط منه شيء وهذا لان البديل وان قوبل بالكل صورة وصيغة لكنه مقيد بما ذكرنا معنى واردة لانها استحققت حربة الثلث نظاها

لان تلك الجهة أن يلزمه ابقاء البديل وقوله لا متناع ابقائها من غير فائدة لا يدل على ذلك بل يدل على خلافه لان عدم الفائدة يسقط بدل الكتابة عنها اذا أسقط عنها البديل لا يلزمها ابقاؤه قطعاً فلم يكن ما ذكره من توزيع التعليق على مالها وما عليها سديداً كما لا يخفى (قوله) والاعتاق عندهم لما تجزأ ثلثي رقبتهما وقد تلقاها جها تاحرية ببدلين مجمل بالتدبير ومو أجل بالكتابة فتخير) لان في التخيير فائدة وان كان جنس المال متحداً لجواز أن يكون أداء أكثر المالكين أيسر باعتبار الاجل وأداه أقلهما أو أعسر لكونه حالافكان التخيير مفيداً كذا في عادة الشروع وعزاه في معراج الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام (أقول) فيه شيء وهو أن الفائدة المذكورة انما تصور في صورة ان كان البديل المجمل بالتدبير أقل من البديل المؤجل بالكتابة وأما في العكس فلا اذا لاشك ان أداء الاقل المؤجل أيسر من كل وجه من أداء الاكثر المجمل فلا فائدة في التخيير في هذه الصورة أصلاً لتعين اختيارها الاقل لا محالة كما قال صاحبها مع ان الحكم بالخيار يعم بالصورتين عنده كما هو الظاهر من إطلاق المسئلة في الكتب بأسرها (قوله) وعندهما للماعتق كلها باعتق بعضها فهي حرة وجب عليها أحد المالكين فتختار الاقل لا محالة فلامعنى للتخيير واعتراض عليه بأن الاعتاق للمالم يتجزأ عندهما عتق كلها بالتدبير لعنق بعضها به وانفسخت الكتابة فوجب السعابة في ثلثي قيمتها لا غير وأجيب بأن قد حكمنا بصحة الكتابة نظرا لها فتبينت ذلك فلربما يكون بدلها أقل فيحصل النظر بوجوبه كذا في العناية أخذنا من شرح تاج الشريعة (أقول) في الجواب اشكال لان القول بابقاء الكتابة فيها بعد ان عتق كلها بالتدبير يناقض قول المصنف وعندهما للماعتق كلها باعتق بعضها فهي حرة اذا الظاهر أن الحرية والكتابة لا يجتمعان في شخص واحد في حالة واحدة فاني تصور ابقاء الكتابة فيها بعد ان صارت حرة عندهما فان قلت المراد ابقاء حكم الكتابة لا ابقاء حقيقةها والنافي للحرية هو الثاني دون الاول قلت لو أبقى حكم الكتابة لا يبق تأجيلها لانه من خصائصها ولهذا قال في الكافي في تقريره دليلاً الامام بن هناد عندهما للماعتق كله باعتق ثلثه لان الاعتاق لا يتجزأ عندهما ما بطلت الكتابة وبطل الاجل لانه من خصائص الكتابة وبقي أصل المال عليه غير مؤجل الخ ولو أبقى تأجيلها لزم ان لا يتم قوله ما فتختار الاقل لا محالة فلامعنى للتخيير لجواز أن تختار الاكثر المؤجل لكون أدائه أيسر من أداء الاقل المجمل كما مر في بيان دليل أبي حنيفة بكون هذا

(٣٣ - تكلمه سابع) أعنفها خرج عما نحن فيه وان ماتت قبله فكذلك وان مات المولى عن

مال تجزأ من ثلثه فقد استحققت حربة كلها وان لم يترك غيرها فقد استحققت حربة ثلثها فاستحقاق الثلث ثابت قطعاً

(قوله وقد سلم لها الثلث بالتدبير) أقول فيه تأمل (قوله لان اخرجها عن الملك) أقول أي لا الى مالك



(والظاهر) البين (أن الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حرته) فتعين أن يكون جميع البدل بمقابلة ثلثي رقبته فلا يسقط منه شيء ولقائل أن يقول لو كان كذلك لما عتق الجميع اذا أدت كل البدل قبل موت المولى لانه في مقابلة الثلثين لا الكل والجواب أنه لا يلزم على قول أبي يوسف لانه لا يقول بتجزؤ الاعتاق وأما على قول أبي حنيفة فالجواب ما مر انا حكمه من صحة الكتابة نظر المدبر وليس من النظر أن يبقى بعضه غير محرر ويغرم كل البدل فاعتبرنا المقابلة الصورة قبل موت المولى نظرا له (قوله اذا لاستحقاق عنده) أي عند عقد الكتابة فيكون البدل في مقابلة الكل فاذا عتق بعض الرقبة بعد ذلك بالتدبير سقط حصته من بدل الكتابة (وان دبر مكاتبته صح التدبير لما بينا) أنه تلقتهما (٣٥٨) حرية (ولها الخياران شاعت مضت على الكتابة وان شاعت بجزت نفسها وصارت مدبرة

لان الكتابة ليست بلازمة والطاغر ان الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حرته وصار كما اذا طلق امرأته ثنتين ثم طلقها ثلثا على ألف كان جميع الألف بمقابلة الواحدة الباقية لادالة الارادة كذا ههنا بخلاف ما اذا تقدمت الكتابة وهي المسئلة التي تليه لان البدل مقابل بالكل اذا لاستحقاق عنده في شيء فاقترقا قال (وان دبر مكاتبته صح التدبير) لما بينا (ولها الخياران شاعت مضت على الكتابة وان شاعت بجزت نفسها وصارت مدبرة) لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها فهي بالخيار ان شاعت سعت في ثلثي مال الكتابة أو ثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وقالوا تسعى في الأقل منها فان اختلف في هذا الفصل في الخيار بناء على ما ذكرنا أما المقدار فمتفق عليه ووجه ما بينا قال (واذا أعتق المولى مكاتبه عتق باعناقه) لقيام ملكه فيه (وسقط بدل الكتابة) لانه ما التزمه الا مقابلا بالعتق وقد حصل له دونه فلا يلزمه والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد والظاهر رضاه وتوسلا الى عتقه بغير بدل مع سلامة الاكساب له لا تاتى في الكتابة في حقه

هو المعنى لتخيبير فلا تنقطع مادة الاشكال (قوله والظاهر أن الانسان لا يلتزم المال بمقابلة ما يستحق حرته) أقول لم يمنع أن يمنع هذه المقدمة فانه لا يلزم من مجرد استحقاق الحرية حقيقة الحرية والثابت في المدبرة في الحال مجرد استحقاق الحرية دون حقيقة التجاز أن يحتاج الى استفادة حقيقة عاجلا فتلتزم المال بمقابلتها ألا ترى أنه يجوز للمولى أن يكتب أم ولده بالاجماع مع استحقاقه الحرية الكل قطعاً لعتقه عند موت مولاها من جميع المال دون ثلثه فاذا جاز الالتزام المال من أم ولده بمقابلة ما يستحق حرته كلالا احتياج الى استفادة الحرية قبل موت المولى كما مر فلا يجوز ذلك من المدبرة بمقابلة ما يستحق حرته بعضا تلك العلة بعينها اوتى كما لا يخفى فليتأمل واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل بوجه آخر حيث قال لا يتشبه على أصل أبي يوسف فانه استحق حرته الكل عنده لعدم تجزؤ الاعتاق اه (أقول) ذلك سائط لا لان المدبر والمديرة يستحقان بالتدبير حرية الكل عنده بل الظاهر انهما يستحقان بحرية الثلث عندهم جميعا ولهذا يعتقان عند موت المولى من ثلث ماله ويسعيان في ثلثهما اذا لم يكن له مال غيرهما بالاجماع وثبوت عتق الكل بعقب البعض عند موت المولى على أصل الامامين وهو عدم تجزؤ الاعتاق لا ينافي استحقاق حرية الثلث بنفس التدبير عندهما أيضا ولئن سلم استحقاق المدبر والمدبرة بنفس التدبير حرية الكل عندهما فالمراد بقوله لانها استحققت حرية الثلث ظاهرا وانها استحققتا مجازا من غير أن يلزمها سعاية في ذلك الثلث كما تلزمها في الثلثين الآخرين

الكتابة لازمة في جانب المولى ولا تنقل الفسخ أجاب بقوله (والكتابة وان كانت لازمة في جانب المولى ولكنه يفسخ برضا العبد) والزم كان لتعلق حقه فاذا رضى بالفسخ فقد أسقط حقه كإلواحه المولى أو أجره برضاه (والظاهر رضاه وتوسلا الى عتقه بغير بدل) فانه اذا رضى به ببذل فلا بد أن يكون أرضى وقوله (مع سلامة الاكساب له لا تاتى في حقه) إشارة الى جواب ما عسى أن يقال قد يكون راضيا ببذل تطرأ الى سلامة الاكساب له فقد تكون الاكساب كثيرة تفضل بعد أداء البدل منه الى جهة أو جهة ان الاكساب سالمة له لا تاتى في الكتابة في حقه لتبقى الاكساب على ملكه نظرا له وحيداً صار الظاهر كالتحقق الواقع فيعتق باعناقه قال المصنف (والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال الخ) أقول لا يتشبه على أصل أبي يوسف فانه استحق حرته الكل عنده لعدم تجزؤ الاعتاق

لان الكتابة ليست بلازمة في جانب المملوك لان النفقة والجناية على المكاتب في حال الكتابة واذا عجز نفسه كان كل ذلك على المولى فله أن يدفع عن نفسه ذلك فان مضت على كتابتها فمات المولى ولا مال له غيرها تختير بين السعي في ثلثي مال الكتابة وثلثي قيمتها عند أبي حنيفة وعندهما في الأقل منهما فاخترنا لقوا ههنا في الخيار بناء على ما ذكرنا من تجزؤ الاعتاق (وأما المقدار فمتفق عليه) ومحمد مر على أصله لا يحتاج الى فرق والفرق له ما بين هذه وما تقدمت ما بينا أن البدل ههنا مقابل بالكل الخ قال (واذا أعتق المولى مكاتبه الخ) واذا أعتق المولى مكاتبه عتق باعناقه لقيام ملكه وسقط بدل الكتابة بناء على أن ما كان وسيلة الى تحصيل شيء وحصل ذلك الشيء من جهة أخرى سقط الوسيلة لعدم الحاجة اليها فان قيل

(وان كاتبه على ألف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة مجله فهو جائز استحسانا والقياس أن لا يجوز لأن هذا الصلح اعتياض عماليس عمال) بما هو مال (لأن الاجل ليس عمال والدين مال) وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد معاوضة وإذا لم يجوز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف (وذلك ربا) لا يقال هلا جعلت اسقاطا لبعض الحق ليحوز لان الاسقاط (٣٥٩) انما يتحقق في المستحق والمجمل لم يكن

مستحقا ولهذا لا يجوز مثله  
بن الحسن وقد مر في كتاب  
الصلح وكذا لا يجوز اذا كان  
على مكاتب الغير ألف الى  
سنة فصالحه على خمسمائة  
مجله (وجه الاستحسان ان  
الاجل في حق المكاتب مال  
من وجه لانه لا يقدر على أداء  
البذل الا به فأعطى له حكم  
المال وبذل الكتابة مال من  
وجه حتى لاتصح الكفالة به

فاعتدلا) وكانا اعتياضا عما هو  
مال من وجه بما هو مال من  
وجه وقد اختلف الجنس (فلم  
يكن) ثم (ربا) وفيه بحث لأن  
المال ما يتحول به وهو يعتمد  
الاحراز وذلك في الاجل غير  
متصور ولأن قوله فأعطى  
له حكم المال ليس بمستقيم  
لفظا ومعنى أما لفظا  
فلأن أعطى متعد الى  
مفعوليه بلا واسطة

(قوله لان هذا الصلح اعتياض  
عماليس عمال بما هو مال) أقول  
أراد بقوله بما هو مال الخمسمائة  
المتركة (قوله وذلك في عقد  
المعاوضة لا يجوز) أقول  
أشار بقوله ذلك في قوله وذلك  
في عقد المعاوضة لا يجوز الى  
قوله اعتياض عماليس عمال بما  
هو مال ولكنه منقوض  
بالمهر والمال المقابل  
بالطلاق لأن يقال ذلك

قال (وان كاتبه على ألف درهم الى سنة فصالحه على خمسمائة مجله فهو جائز) استحسانا وفي  
القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس عمال والدين مال فكان ربا ولهذا لا يجوز مثله في الحر  
ومكاتب الغير وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به  
وبقوله والظاهر ان الانسان لا يلتزم المال بماله ما يستحق حرته هو ان الانسان لا يلتزم المال بماله  
ما يستحق حرته مجانا بخلاف ما لا يستحق حرته أو يستحقها ولكن يلزمه أداء مال السعيه فانه يجوز  
له أن يلتزم المال بماله لا يخفى ان هذا المعنى ينشئ على أصل أبي حنيفة وأصل أبي يوسف أيضا  
تفكر تفهيم (قوله وفي القياس لا يجوز لانه اعتياض عن الاجل وهو ليس عمال والدين مال) فكان  
ربا) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل والقياس أن لا يجوز لأن هذا الصلح اعتياض عماليس عمال  
بما هو مال لأن الاجل ليس عمال والدين مال وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز وعقد الكتابة عقد  
معاوضة وإذا لم يجوز ذلك كان خمسمائة بدلا عن ألف وذلك ربا اه كلامه وقال بعض الفضلاء أشار  
بقوله ذلك في قوله وذلك في عقد المعاوضة لا يجوز الى قوله اعتياض عماليس عمال بما هو مال ولكنه  
منقوض بالمهر والمال المقابل بالطلاق الآن يقال ذلك على خلاف القياس بالنص اه (أقول) ليس  
ذلك منقوضا بالمهر والمال المقابل بالطلاق لأن المراد بعقد المعاوضة في قوله وذلك في عقد المعاوضة  
لا يجوز ما ذكره العوض فيه بالايجاب والقبول بطريق الاصله فيخرج منه التكاح والطلاق على مال  
وتجوهم لان ذكر العوض بطريق الاصله وقد صرح الشراح بمثل هذا المعنى في صدر كتاب المكاتب  
حيث قالوا أو رد عقد الكتابة بعد عقد الاجار لمناسبة ان كل واحد منهما عقد يستفاد به المال بمقابلة  
ماليس عمال على وجه يحتاج فيه الى ذكر العوض بالايجاب والقبول بطريق الاصله وقالوا خرج بقولنا  
ماليس عمال البيع والهبة بشرط العوض وخرج بقولنا بطريق الاصله التكاح والطلاق والعناق  
على مال فان ذكر العوض فيها ليس بطريق الاصله اه ثم قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت  
اسقاطا لبعض الحق ليحوز لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا اه وقال  
ذلك البعض من الفضلاء لوصح هذا المخرج هبة المهر المؤجل واسقاط الدين المؤجل اه (أقول)  
ليس هذا بدلا عن المستحق في كل منهما ما هو المؤجل والمسقط أيضا هو المؤجل وليس هناك شرط  
شئ مجمل في المقابلة فلو جرد التصرف في غير المستحق أصلا بخلاف ما نحن فيه فان الخمسمائة المجملة  
التي وقع عليها الصلح ليست بمستحقة بعقد الكتابة فلم يمكن جعل الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء  
لبعضه الآخر فان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا فلا يمكن  
الاستيفاء نعم لو قال صاحب العناية لا يقال هلا جعلت الصلح اسقاطا لبعض الحق واستيفاء لبعضه  
الآخر لان الاسقاط والاستيفاء انما يتحققان في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا لكان أظهر لان تأثير  
قوله والمجمل لم يكن مستحقا في حق انتفاء الاستيفاء فيما نحن فيه دون انتفاء الاسقاط فيه كما لا يخفى  
وعن هذا قال تاج الشريعة في شرح قول المصنف لانه اعتياض عن الاجل لأن المجمل غير مستحق  
بالسبب السابق فلا يمكن جعل الصلح اسقاطا لبعض واستيفاء لبعض فلو جعل انما يجعل اعتياضا  
عن الخمسمائة بخمسمائة وعن الاجل بخمسمائة أخرى والاعتياض عن الاجل لا يجوز اه (قوله)  
وجه الاستحسان ان الاجل في حق المكاتب مال من وجه لانه لا يقدر على الاداء الا به) قال بعض العلماء

على خلاف القياس بالنص لكن حينئذ لا يحتاج الى قوله وإذا لم يجوز ذلك فانه اذا لم يجوز أخذ المال عوض الاجل تكون الخمسمائة  
المتركة بمقابلة الاجل (قوله لان الاسقاط انما يتحقق في المستحق والمجمل لم يكن مستحقا) أقول لوصح هذا المخرج هبة المهر  
المؤجل واسقاط الدين المؤجل وكلام العاقل يجب صونه عن الالتفات لمكاتب يعتبر مسقطا حقه الذي هو التأجيل والمولى مسقطا  
بعض حقه وهو خمسمائة (قوله وقد اختلف الجنس فلم يكن ثم ربا) أقول لو اتحد الجنس لم يضر بعد حصول الاعتدال

وأما ما في فسلانه قال الاجل في حق المكتاب مال من وجهه فان أراد بقوله فأعطى له حكم المال من كل وجهه فأت  
 الاعتدال اذ الدين مال من وجهه وان أراد حكم المال من وجهه فهو تحصيل للحاصل والجواب أن ما ذكرتم من أن المال ما يتول به ويحرم  
 صحيح اذا كان مالاً من كل وجهه وليس ما نحن فيه كذلك وانما المراد به هنا انه وسيلة الى تحصيل مقصود المكتاب وهو في ذلك كعين الدراهم  
 لتوقف قدرة الاداء عليه توقفها على عين الدراهم ومن أعطى معنى اعتبر ومعناه اعتبار الاجل حكم المال فان الشيء يجوز أن يكون  
 جهته في شيء ولا يكون معتبراً في شيء أذا اعتبر له تلك الجهة تحصيل العقد ونظر المكتاب (قوله ولان عقد الكتابة) وجه آخر للاستحسان  
 وتقريره أن عقد الكتابة عقد من وجهه دون وجهه لما تقدم ان له شبهة بالتعلق بالشرط فيكون من هذا الوجه عينا والجل رباً من كل وجهه  
 ففيه شبهة الربا وشبهة الربا اذا وقعت في شبهة العقد كانت شبهة الشبهة ولا يعتبر بها بخلاف العقدين الحرين لانه عقد من كل وجهه فكان  
 وبالأجل فيه شبهة لاشبهة الشبهة قال (واذا كاتب المريض عبده على الفين الى سنة وقيمه ألف درهم ثم مات المولى ولا مال له غيره ولم تجز  
 الورثة الاجل) لان المريض تصرف فيه وهو حقهم فلهم أن يردوه دفعا لضررتا خير حقهم الى معنى الاجل عن أنفسهم (فان المكتاب  
 يؤدي ثلثي الاالفين حالا) وهو ألف وثلثمائة (٣٦٠) وثلاثة وثلاثون درهما وثلاث درهم (والباقي) وهو ستمائة وستة وستون درهما

وثلاثة درهم (الى أجله أو يرد  
 رقية عند أبي حنيفة وأبي  
 يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي  
 ألف حالا والباقي الى أجله  
 لان له أن يترك الزائد على  
 قيمته) ومن له ترك شيء له ترك  
 وصفه والتجمل وصف فيجوز  
 ركه (وصار) ذلك كما اذا خاع  
 المريض امرأته على ألف الى  
 سنة جاز لان له أن يطلقها  
 بغير بدل) ولو قال لان له أن  
 يترك الزيادة وثلث الالف  
 فله أن يؤخرهما كما كان  
 أحسن فتأمل (ولهما أن  
 جميع المسمى بدل الرقية)  
 بدل جريان أحكام  
 الإبدال من جواز المراجعة  
 على الالفين وجواز الحبس

فأعطى له حكم المال وبطل الكتابة مال من وجهه حتى لا تصح الكفالة به فاعتمد لا فلا يكون ربا ولان  
 عقد الكتابة عقد من وجهه دون وجهه والجل رباً من وجهه فيكون شبهة الشبهة بخلاف العقدين  
 الحرين لانه عقد من كل وجهه فكان ربا والجل فيه شبهة قال (واذا كاتب المريض عبده على ألفي  
 درهم الى سنة وقيمه ألف ثم مات ولا مال له غيره ولم تجز الورثة فانه يؤدي ثلثي الالفين حالا والباقي الى  
 أجله أو يرد رقية عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يؤدي ثلثي الالف حالا والباقي الى أجله) لان له  
 أن يترك الزيادة بأن يكاتبه على قيمته فله أن يؤخرها وصار كما اذا خاع المريض امرأته على ألف الى سنة  
 جاز لان له أن يطلقها بغير بدل وله ما أن جميع المسمى بدل الرقية حتى أجرى عليها أحكام الإبدال  
 وحق الورثة متعلق بالمبدل فكذلك بالبدل والتأجيل اسقاط معنى فيعتبر من ثلث الجميع بخلاف الخلع  
 لان البدل فيه لا يقابل المال فلم يتعلق حق الورثة بالمبدل فلا يتعلق بالبدل وتظهر هذا اذا باع  
 المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمه ألف ثم مات ولم تجز الورثة فعندهما يقال لأشترى أد ثلثي  
 جميع الثمن حالا والثلث الى أجله والافانقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا بما زاد عليه  
 لما ينما من المعنى قال (وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمه ألفان ولم تجز الورثة يقال له أد ثلثي القيمة  
 حالا أو ترد رقية في قولهم جميعا) لان المحاباة ههنا في القدر والتأخير فاعتبر الثلث فيهما

فيه مساقشة ظاهرة اذ قد سبق أن الاستقراض جائز وبذلك الاعتبار صرح الكتابة المطالة فلي تأمل اه  
 (أقول) هذه المناقشة انما تظهر ان لو اردوا بنى القدرة على الاداء الابتنى القدرة الممكنة وهي أدنى  
 ما يتمكن به من الاداء وأما اذا أرادوا بذلك نفي القدرة المبسرة وهي ماوجب اليسر على الاداء كما هو

على المطالة والاختذ بالشفعة فانما يتعلق بجميع المسمى وهو الاثنان وبطل الرقية يتعلق به حق الورثة لتعلقه  
 بالمبدل فان المبدل لما كان متقوما كان حكم بدله حكمه فجميع المسمى يتعلق به حق الورثة وما يتعلق به حق الورثة جاز للمريض اسقاط ثلثه  
 فيجوز تأجيله لانه اسقاط معنى بخلاف بدل الخلع فان حق الورثة لم يتعلق به لانه لم يتعلق بالمبدل لكونه ليس بمال وعلى هذا الاصل  
 اختلافهم اذا باع المريض داره بثلاثة آلاف الى سنة وقيمه ألف ثم مات ولم تجز الورثة التأجيل فعندهما يخير المشتري بين ادائه ثلثي  
 جميع الثمن حالا والثلث الى أجله وبين نقض البيع وعنده يعتبر الثلث بقدر القيمة لا في الزيادة لما ينما من المعنى يعني الدليل من الطرفين  
 (وان كاتبه على ألف الى سنة وقيمه ألفان ولم تجز الورثة أدى ثلثي القيمة حالا أو يرد رقية في قولهم جميعا لان المحاباة في القدر) وهو اسقاط  
 ألف درهم (والتأخير) وهو تأجيل الالف الاخرى (فاعتبر الثلث فيهما) أي يصح تصرفه في ثلث قيمته في الاسقاط والتأخير لكن لما  
 سقط ذلك الثلث لم يبق التأخير أيضا ولم يصح تصرفه في ثلثي القيمة لا في حق الاسقاط ولا في حق التأخير

(قوله وقد استعمله باللام) أقول يجوز أن تكون زائدة كما في ردك لكم (قوله لما تقدم ان له شبهة) أقول الاولى أن يقال لانه شرع مع  
 المناق كعائله غيره (قوله فيكون من هذا الوجه عينا) أقول اليمين أيضا من العقود (قوله بخلاف العقدين الحرين لانه عقد من  
 كل وجهه) أقول ونخرج الجواب أيضا عن مكاتب الغير فلي تأمل (قوله والاختذ بالشفعة) أقول فيه شيء والامر سهل

باب من يكتتب عن العبد

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصل في الكتابة ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم أحكام الأصل لأن الأصل في تصرف المرء أن يكون لنفسه قال (واذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم الخ) قال في الجامع الصغير وإذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم قال أدى عنه عتق وإن بلغ العبد وقبل فهو مكاتب واختلف شارحوه في تصويره فقال بعضهم هو أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أن أدبت اليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط وإذا قبل العبد صار مكاتباً يعني أن هذا العقد نافذ في حق مالك العبد من حرمة البيع ونفوذ عتقه بأداء هذا القائل وموقوف على إجازته فيما عليه من لزوم البذل لأنه عقد جرى بين فضولي ومالك فيتوقف على إجازته من له الإجازة فإذا قبله كان ذلك إجازة منه فيصير مكاتباً لأن الإجازة في الانتهاء كالإذن في الابتداء ولو وكله العبد بذلك نفذ عتقه عليه فكذا إذا أجاز بعد العتق (٢٦١) وقال بعضهم هو أن يقول كاتب عبدك على ألف درهم ولم

باب من يكتتب عن العبد

قال (واذا كاتب الحر عن عبد بألف درهم فإن أدى عنه عتق وإن بلغ العبد وقبل فهو مكاتب) وصورة المسئلة أن يقول الحر لمولى العبد كاتب عبدك على ألف درهم على أن أدبت اليك ألفا فهو حر فكاتبه المولى على هذا يعتق بأدائه بحكم الشرط وإذا قبل العبد صار مكاتباً لأن الكتابة كانت موقوفة على إجازته وقبوله إجازة ولم يقل على أن أدبت اليك ألفا فهو حر فأدى لا يعتق قياساً لأنه لا شرط والعقد موقوف على إجازة العبد وفي الاستحسان يعتق لأنه لا ضرر للعبد الغائب في تعليق العتق بأداء القائل فيصح في حق هذا الحكم ويتوقف في حق لزوم الألف على العبد وقبل هذه هي صورة مسئلة الكتاب (ولو أدى الحر البذل لا يرجع على العبد) لأنه متبرع قال (واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لم يملكه وهو غائب فإن أدى الشاهد والغائب عتقا) ومعنى المسئلة أن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب وهذه كتابة جائزة استحساناً وفي القياس يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلاً والغائب تبعاً والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة إذا كوتبت الظاهر فلا يكون للماقشة مجال لظهور أن اليسر على الأدام في حق المكاتب انما يتصور بالاجل لأنه يخرج عن يد المولى مقلداً فيمتنع الناس غالباً عن إقراضه المال في الحال فيعسر الاداء عليه جداً بدون الاجل وإن أمكن في الجملة على أن المصنف وأضرابه لم يتشبها في تعليل صحة الكتابة الحالية عندنا بجواز الاستقراض بل قالوا إن عقد الكتابة عقده معاوضة والمدل معقوده فأشبهه الثمن في البيع في عدم اشتراط القدرة عليه وإن مكن الكتابة على المساهلة بجهله المولى ومتى امتنع من الاداء في الحال يرد إلى الرق اه فلم يتم قول ذلك المناقش وبذلك الاعتبار صرح الكتابة الحالية فتدبر والله أعلم

باب من يكتتب عن العبد

لما فرغ من ذكر أحكام تتعلق بالأصل في الكتابة ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها وقدم

البذل لا يرجع على العبد لأنه متبرع حيث لم يأمره بالاداء ولا هو مضطر في أدائه وهل له أن يسترد ما أدى إلى المولى فيه تطويل طالع النهاية تطلع عليه قال (واذا كاتب العبد عن نفسه وعن عبد آخر لم يملكه) إذا قال العبد لمولاه كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى عبدك فلان الغائب ففعل جاز استحساناً وفي القياس أن يصح على نفسه لولايته عليها ويتوقف في حق الغائب لعدم الولاية عليه كمن باع عبده وعبده غيره أو زوج أمته وأمة غيره وجه الاستحسان أن الحاضر بإضافة العقد إلى نفسه ابتداء جعل نفسه فيه أصلاً والغائب تبعاً والكتابة على هذا الوجه مشروعة كالامة إذا كوتبت

باب من يكتتب عن العبد

(قوله ذكر في هذا الباب أحكاما تتعلق بالنائب فيها) أقول كان الظاهر أن يقول بالتبعية وانما عدل عنه لملاحظة عنوان الباب (قوله فإن بيع الفضولي يتوقف على إجازة المجيز فيما له) أقول كسبون المالك



دخل أولادها في كتابها تبعاً حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البدل شيء فان قيل ليس ما نحن فيه ككلمة تشهد بها لان الأولاد تابعون لها من كل وجه حتى ان المولى لو أعتق الأولاد لم يسقط من البدل شيء وتعنى الأولاد اذا أعتق المولى الام بخلاف العبد الغائب فانه مقصود بالكتابة من وجه حيث أضيف العقد اليهم مقصودا حتى ان المولى اذا أعتق الحاضر نهذ عتقه وبطلت الكتابة ولا يعتق العبد الغائب واذا أعتق العبد الغائب سقطت حصته من الكتابة ويجب على الحاضر حصته لا غير ولا يلزم من نفوذ ما هو متبع محض بلا توقف على قبوله نفوذ ما هو مقصود من وجه بلا توقف فالجواب ان ما ذكرنا يجوز ان يكون وجه القياس وأما في الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظري أن يكون فيه جهة اصاله أو لا تصحيا للعقد ونظر الكاتب ولا شتماله على المسامحة واذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينقضية الحاضر فلا أي فله المولى أن يأخذ العبد الحاضر بكل البدل لان البدل عليه لكونه أصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه وهذا يدل على ان النظر في مجرد التبعية لا يعتبر بجهة اصاله في انعقاد العقد عليه (قوله وأيهما أدى عتقا) تكرار لانه قال في أول المسئلة فان أدى الشاهد أو الغائب عتقا لكانه أعاده تمهيد القول (ويجبر المولى على القبول) أما الحاضر فلان البدل عليه وأما الغائب (القياس فيه أن لا يجبر لانه متبرع اذ ليس عليه شيء من البدل ووجه الاستحسان ان له فيه منفعة) لانه ينال شرف الحرية وصار كغير الرهن اذا أدى المرتين (لفسكالك عينه) بجبر المرتين على القبول لحاجته الى استخلاص عنه وان لم يكن الدين عليه وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه لان الحاضر قضى دينه عليه (ومثله لا يرجع) والغائب متبرع به غير مضطرب اليه (ومثله أيضا لا يرجع) فان قيل الغائب ههنا كغير الرهن (٣٩٢) ومغير الرهن مضطرب ولهذا يرجع على المستعير بما أدى فكيف قال غير مضطرب اليه فالجواب

دخول أولادها في كتابها تبعاً حتى عتقوا بأدائها وليس عليهم من البدل شيء واذا أمكن تصحيحه على هذا الوجه ينقضية الحاضر فلا أي فله المولى أن يأخذ العبد الحاضر بكل البدل لان البدل عليه لكونه أصلا فيه ولا يكون على الغائب من البدل شيء لانه تبع فيه (قوله وأيهما أدى عتقا) بجبر المولى على القبول) أما الحاضر فلان البدل عليه وأما الغائب فلانه ينال به شرف الحرية وان لم يكن البدل عليه وصار كغير الرهن اذا أدى الدين بجبر المرتين على القبول لحاجته الى استخلاص عنه وان لم يكن الدين عليه (قوله وأيهما أدى لا يرجع على صاحبه) لان الحاضر قضى دينه عليه والغائب متبرع به غير مضطرب اليه قال (وليس للمولى أن يأخذ الغائب بشيء) لما بينا (فان قبل العبد الغائب أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد) لان الكتابة لازمة للشاهد لان الكتابة نافذة عليه من غير قبول الغائب فلا تغير بقوله بمن كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا تغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا قال (واذا كانت الامنة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين فهو جاز وأيهما أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون) لانها جعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسئلة الاولى

أنه كهو في حق جواز الاداء من غير دين عليه لافي الاضطرار فان الاضطرار انما هو اذا فات له شيء حاصل وههنا ليس كذلك بل انما هو بعرضية أن تحصل له الحرية وهذا كما يقال عدم الرجوع لا يسمى خسرانا فان قيل حق الحرية حاصل بالكتابة وربما فات له لو يؤد فكان مضطرا أجيب بأنه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به (وليس للمولى أن

أخذ الغائب بشيء لما بينا) انه فيه تبع (فان قبل العبد الغائب ذلك أو لم يقبل فليس ذلك منه بشيء والكتابة لازمة للشاهد) وان رده الغائب لا أثر لردده وقوله في ذلك (لان الكتابة نافذة على الحاضر من غير قبول الغائب فلا تغير بقوله) فليس للمولى أن يأخذ بشيء من بدل الكتابة (من كفل عن غيره بغير أمره فبلغه فأجازه لا تغير حكمه حتى لو أدى لا يرجع عليه كذا هذا واذا قبلت الامنة الكتابة عن نفسها وعن ابنين لها صغيرين جاز) وانما وضع المسئلة في الامنة اشارة الى أن الحكم في العبد والامنة سواء فانه لو وضعها في العبد لم ياتوهم ان الجواز نشوت ولاية الاب عليهم فلا يجوز ذلك في الامنة لعدم ولايتها لولاها كيف بالامنة (وأيهما أدى لم يرجع على صاحبه ويجبر المولى على القبول ويعتقون لانها جعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعاً على ما بينا في المسئلة الاولى) وذلك ان الام اذا أدت فقد أدت ديناً على نفسها وكل من الولدين ان أدى فهو متبرع غير مضطرب وفي ذلك كله لا رجوع فان قيل اذا أدى أحدهما ينبغي أن لا يعتق الابن الآخر لانه لا اصاله بينهما ولا تبعية فالجواب ان أحدهما اذا أدى كان أداه كاداء الام لانه تابع لها من كل وجه ولو أدت الام عتقوا فكذا اذا أدى أحدهما قيل وهذه فائدة وضع المسئلة في صغيرين دون صغير واحد ليعلم هذا المعنى

(قوله وأما في الاستحسان فالنظر الى ثبوت هذا العقد بالتبعية في البعض من غير نظري أن يكون فيه جهة اصاله أو لا تصحيا للعقد) أقول قوله تصحيا فانظر الى قوله فالنظر والضمير في قوله فيه راجع الى البعض (قوله ولا شتماله على المسامحة) أقول عطف على قوله تصحيا (قوله في انعقاد العقد عليه) أقول الضمير في قوله عليه راجع الى الغائب في قوله ولا يكون على الغائب من البدل شيء (قوله فان قيل حق الحرية الى قوله أجيب بأنه متوهم وحق الرجوع لم يكن ثابتا فلا يثبت به) أقول الضمير في قوله بأنه راجع الى قوله حتى الحرية والضمير في قوله به راجع الى قوله متوهم (قوله وكل من الولدين ان أدى الخ) أقول الظاهر أن يقال وكلا

(قوله وهي أولى بذلك من الاجنبي) يريد ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلا يجوز في حق ولدها لان ولدها أقرب اليها من الاجنبي أولى وأقول لعلة اشارة الى ما ذهب اليه بعض المشايخ (٢٦٣) أن ثبوت الجواز هنا قياس

واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي وأرى انه الحق والله أعلم

وهي أولى بذلك من الاجنبي

### باب كتابة العبد المشترك

قال (واذا كان العبد بين رجلين اذن أحدهما لصاحبه أن يكتب نصيبه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمل الذي قبض عند أبي حنيفة وقالوا هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما)

باب كتابة العبد المشترك

ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين قال (واذا كان العبد بين شريرين الخ) اذا أذن أحد الشريرين لصاحبه أن يكتب نصيب نفسه بألف درهم ويقبض بدل الكتابة فكاتب وقبض بعض الالف ثم عجز فالمل الذي قبض عند أبي حنيفة وقالوا هو مكاتب بينهما وما أدى فهو بينهما

أحكام الاصل لان الاصل في تصرف المراء أن يكون لنفسه (قوله وهي أولى بذلك من الاجنبي) يعني ان هذا العقد على هذا الوجه يجوز في حق الاجنبي فلا يجوز في حق ولدها أولى لان ولدها أقرب اليها من الاجنبي كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد أن ذكر ذلك وأقول لعلة اشارة الى ما ذهب اليه بعض المشايخ ان ثبوت الجواز هنا قياس واستحسان لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي وري انه الحق اه (وأنا أقول) أرى ان الحق خلافه وهو أن يكون ثبوت الجواز هنا أيضا على وجه الاستحسان دون القياس كما يدل عليه ما ذكره الامام قاضيان في شرح الجامع الصغير وما ذكره صاحب النكاح وبعض من شراح هذا الكتاب وذلك لان من ذهب الى أن ثبوت الجواز هنا على وجه القياس والاستحسان ان أراد بوجه القياس هنا كون الولد تابع للام في الكتابة مطلقا كما هو الظاهر من قول صاحب العناية لان الولد تابع لها بخلاف الاجنبي فليس يتم لان تبعية الولد للام في الكتابة مطلقا انما تكون في الولد الذي ولدته في حال الكتابة والولد الذي اشتترته في حال الكتابة لا في الولد الذي ولدته قبل الكتابة كما لا يخفى على من أحاط بمسائل كتاب المكاتب خيرا ولا شك أن وضع مسئلتنا هذه في كتابة الامة عن نفسها وعن ابنين لها مولودين قبل الكتابة فلا يتصوره هنا التبعية المطلقة وأما التبعية الحاصلة بالضم اليها في عقد الكتابة فقل هذه التبعية متحققة في المسئلة الاولى أيضا بلا تفاوت كما صرح به المصنف هناك وقال ههنا لانها جعلت نفسها أصلا في الكتابة وأولادها تبعاعا على ما ينشأ في المسئلة الاولى اه مع ان ثبوت الجواز هناك على وجه الاستحسان دون القياس بالاتفاق وان أراد بوجه القياس ههنا ثبوت ولاية المكاتب على أولادها كسبوتها على نفسها فليس يصح ان قد صرحوا قاطبة بأن الام الحرة لا ولاية لها على أولادها فكيف بالامة وقالوا هذا هو السر في وضع هذه المسئلة في الامة اذ لو وضعها في العبد لم يمتد بعمالتهم أن الجواز لثبوت ولاية الاب عليهم فلا يعلم تساوى العبد والامة في حكم هذه المسئلة

باب كتابة العبد المشترك

(قوله ذكر كتابة الاثنين بعد الواحد لان الواحد قبل الاثنين) أقول الا انه يران يقال ذكر كتابة المشترك بعد غير المشترك لان الاشتراك خلاف الاصل ولان المشترك من غيره كالمركب من المفرد قد يدبر وانما قلنا الاظهر ذلك لان مقصود الباب بيان حال (قوله واذا كان العبد بين

### باب كتابة العبد المشترك

لما فرغ من كتابة عبد غير مشترك شرع في كتابة العبد المشترك لان الاصل عدم الاشتراك كذا في غاية البيان وقال أكثر الشراح ذكر كتابة الاثنين بعد كتابة الواحد لان الاثنين بعد الواحد (أقول) الوجه الاول هو الراجح لان الوجه الثاني لا يتشبه في المسئلة الاولى من هذا الباب على قول أبي حنيفة رحمه الله بخلاف الوجه الاول تأمل توقف (قوله واذا كان العبد بين رجلين) قال بعض الشراح وفي بعض النسخين شريرين وهي أولى اه (أقول) وجه الاولوية أن حكم هذه المسئلة يعم

كتابة العبد المشترك سواء كان المكاتب واحدا كما في المسئلة الاولى على مذهب أبي حنيفة أو اثنين شريرين (أقول اي بين رجلين

واصل هذا الاختلاف ان الكتابة تجزأ عنده خلافا لهما كما لا اعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة وانما تكون فائدة انتفاعا كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه واعترض بأن الكتابة اما أن يعتبر فيها معنى المعاوضة أو معنى الاعتاق أو معنى تعليق العتق بأداء المال ولو وجد شيء من ذلك من أحد الشر يكتن بغير اذن صاحبه ليس للأخر ولاية الفسخ فمن أين للكتابة ذلك وأجيب بأن الكتابة ليست عين كل واحد من المعاني المذكورة وانما هي تشتمل عليها فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ بمعنى بوجبه وهو الحاق الضرر ببطلان حق البيع للشر يك الساكت بالكتابة وتصرف الانسان في خالص حقه انما يسوغ اذا لم يتضرر به الغير ثم اهل وهي الكتابة تقبل الفسخ ولهذا يفسخ بتراضيهما فتحقق مقتضى وانتفى المانع وأما المعاني المذكورة فالمعاوضة وان قبلت الفسخ لكن ليس فيها ضرر لصاحبه فانه اذا باع نصيبه لم يطل على صاحبه بيع نصيبه والاعتاق والتعليق وان كان فيه ماضر ولكن المحل لا يقبل الفسخ أما الاعتاق فظاهر وأما التعليق فلا نه عين (قوله واذنه بقبض البذل) بيان (٢٦٤) لاختصاص المكاتب بالمقبوض وذلك انه اذا اذن له بالقبض فقد اذن للعبد بالاداء

وأصله ان الكتابة تجزأ عنده خلافا لهما بمنزلة الاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده لا تجزأ وفائدة الاذن أن لا يكون له حق الفسخ كما يكون له اذا لم يذن له بقبض البذل اذن للعبد بالاداء فيكون متبرعا بنصيبه عليه فلهذا كان كل المقبوض له وعندهما الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزأ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد التجزأ

وما اذا كان العبد بين رجلين وما اذا كان بين رجل وامرأة أو بين امرأتين ولفظ شر يكتن بتنظيم الكل لما يجزئ الشر يك فعلا بمعنى مفعول من شر كه في كذا فان كلا من المتشاركين في أمر شارك فيه ومشرؤك والفعل بمعنى المفعول يستوي فيه المذكور والمؤنث أو بصيرورة لفظ الشريك من عداد الاسماء الجامدة كما قالوا في لفظ التابع ونحوه حتى جملاوا التوابع جمع تابع من هذه الحينية فيتناول المذكور والمؤنث على السوية ثم ان صاحب العناية لما أخذ نسخة بين شر يكتن حيث قال قال واذا كان العبد بين شر يكتن فسر بعض الفضلاء قوله شر يكتن برجلين حيث قال أي بين رجلين (أقول) هذا أمر عجيب اذ لا شك أن حكم هذه المسئلة غير مختص بما اذا كان العبد بين رجلين فتخصيص لفظ يتحمل العموم للرجلين وغيرهما بالرجلين مما لا وجه له ههنا أصلا ولو فسر لفظ رجلين في نسخة بين رجلين بالشري يكتن مطلقا تغلب الذكور على الاناث لكان له وجه وجيه لاقتضاء المقام اياه فكيف بالعكس (قوله وأصله ان الكتابة تجزأ عنده خلافا لهما بمنزلة الاعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده لا يفيد الاشتراك في الكتابة) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام وأصل هذا الاختلاف أن الكتابة تجزأ عنده خلافا لهما كما لا اعتاق لانها تفيد الحرية من وجه فتقتصر على نصيبه عنده والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة

من الكسب اليه فيصير الاذن متبرعا بنصيبه من الكسب عليه أي على المكاتب فلهذا كان كل المقبوض له ويجوز أن يكون ضربه عليه للعبد أي فيكون الاذن متبرعا بنصيبه على العبد ثم على الشريك فاذا تم تبرعه بقبض الشريك لم يرجع فان قيل المتبرع يرجع بما تبرع اذا لم يحصل مقصوده من التبرع بمن تبرع بأداء الثمن عن المشتري ثم هلكت المبيع قبل القبض أو استحق فان له الرجوع لعدم حصول مقصوده من التبرع وهو سلامة المبيع للمشتري أجيب بأن

المتبرع عليه هو المكاتب من وجه من حيث ان مقصود الاذن قضاء دينه من ماله وبعد التجزأ صار عبدا له من كل وجه والمولى لا يستوجب على عبده شيئا بخلاف البائع فان ذمته محل صالح لو جوب دين المتبرع فثبت له حق الرجوع اذا لم يحصل مقصوده وله ما أن الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة الكل لعدم التجزأ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف وهو أي البذل بينهما والمقبوض مشترك بينهما فيبقى كذلك بعد التجزأ ولو كانا بغيره وفي يده من الاكساب وكان المصنف مال الى قوله ما حيث أخره

(قوله والاذن لا يفيد) أقول أي على مذهبهما (قوله فيجوز أن يكون لها حكم تختص به وهو ولاية الفسخ بمعنى بوجبه وهو الحاق الضرر ببطلان حق البيع للشر يك الساكت بالكتابة) أقول قوله هو في قوله وهو ولاية الفسخ راجع الى قوله حكم وقوله ببطلان متعلق بقوله الضرر وقوله للشر يك متعلق بقوله الحاق وقوله بالكتابة متعلق بقوله الحاق أيضا (قوله فتحقق مقتضى) أقول بمعنى الحاق الضرر (قوله وانتفى المانع) أقول بمعنى عدم قبول الفسخ (قوله لكن ليس فيه ماضر) أقول فلم يتحقق فيها مقتضى (قوله أما الاعتاق فظاهر) وأما التعليق فلا نه عين (قوله فلم ينتف في المانع) (قوله وهو أي البذل) أقول والعقد والمكاتب ويؤيده قوله وقالوا هم مكاتب بينهما (قوله وكان المصنف مال الى قوله ما حيث أخره) أقول فيه كلام لانه يابى عنه ترجيح قول أبي حنيفة في كتاب العتاق

قال (واذا كانت جارية بين رجلين كاتبها فوطئها أحدهما فباعته بولد فادعاه أي صحت دعوته وثبت نسبه ثم وطئها الآخر فباعته بولد فادعاه أي صحت دعوته أيضا وثبت نسبه ثم عجزت فهي أم ولد كلها الأول بطريق التبين لأنه لما ادعى أحدهما الولد الأول صحت دعوته لقيام الملك فيه (٣٦٥) وصار نصيبه أم ولد بناء على أن الاستيلاء في المكاتب

قال (واذا كانت جارية بين رجلين كاتبها فوطئها أحدهما فباعته بولد فادعاه ثم وطئها الآخر فباعته بولد فادعاه ثم عجزت فهي أم ولد الأول) لأنه لما ادعى أحدهما الولد صحت دعوته لقيام الملك فيه فيها وصار نصيبه أم ولد لأن المكاتب لا تقبل النقل من ملك إلى ملك فتقتصر أمومة الولد على نصيبه كما في المدبرة المشتركة وإذا ادعى الثاني ولدها الأخير صحت دعوته لقيام ملكه ظاهرًا ثم إذا عجزت بعد ذلك جعلت الكتابة مكان لم تكن وتبين أن الجارية كلها أم ولد الأول لأنه زال المانع من الانتقال ووطئها سابق (ويضمن نصف قيمتها) لأنه تلك نصيبه لما استكمل الاستيلاء (ونصف عقرها) لو طئها جارية مشتركة (ويضمن شريكه كمال عقرها وقيمة الولد

وانما يكون فائدته انتفاء ما كان له من حق الفسخ ان كاتبه بغير اذنه اه كلامه وقال بعض الفضلاء في تفسير قوله والاذن لا يفيد الاشتراك في الكتابة أي على مذهبه اه (أقول) هذا خبط ظاهر لان الاذن يفيد الاشتراك في الكتابة على مذهبه ما قطعاً لا يرى الى قوله ما في تعليل مذهبه في هذه المسئلة ان الاذن بكتابة نصيبه اذن بكتابة لكل لعدم التجزؤ فهو أصيل في النصف وكيل في النصف فهو بينهما والمقبوض مشترك بينهما في كماله بعد العجز اه ولعل قوله على مذهبه وقع سهواً من قلم المصنف وكان الصحيح على مذهبه ثم ان صاحب العناية بعد ان شرح نيل إلى الطرفين في هذه المسئلة بالتعمال قال وكان المصنف مال إلى قوله ما حيث أخره اه وقال بعض الفضلاء فيه كلام لانه بأبي عنه ترجيح قول أبي حنيفة في كتاب العتاق اه (أقول) الذي مر في كتاب العتاق مسئلة العتاق والمذكور ههنا مسئلة الكتابة واستلزام ترجيح قول أبي حنيفة في مسئلة العتاق ترجيح في مسئلة الكتابة معذرة سيما اذا كانت كتابة أحد الشريكين باذن الآخر كما نحن فيه في أين ثبتت الاباء ولئن سلم الاستلزام بناء على كون الاصل في كلتا المسئلتين هو التجزؤ وعدمه فترجح قوله هناك لم يكن بالتصريح به بل انما فهمهم تأخير دليله في البيان وقد عكس الامر ههنا ففهم منه ترجيح قولهم الاحالة ولما وقع التدافع بين الكلامين حملنا الثاني على الرجوع عن الاول كما هو المخاص في أمثال هذا فلا محذور تدبر (قوله ويضمن شريكه كمال العقر وقيمة الولد) قيل ينبغي أن لا يضمن شريكه قيمة الولد عند أبي حنيفة رحمه الله لأن حكم ولد أم ولد حكم أمه ولا قيمة لأم الولد عنده فكذلك الابناء وأجيب بأن هذا على قولهم وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد قال صاحب العناية بعد ذكر ذلك السؤال وهذا الجواب وليس بشئ (أقول) يعني أن هذا الجواب ليس بشئ لان ما ذكره المصنف فيما سألنا بقوله وهذا الذي ذكرناه كله قول أبي حنيفة بناء في هذا الجواب قطعاً ثم قال صاحب العناية وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد رواية فيكون الولد متقوماً على أحدهما فكان حراً بالقيمة انتهى وقال بعض الفضلاء هذا مخالف لما أسلفه الشارح في باب البيع الفاسد من أن الرواية تبين في حق المدبر وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لانه لا تقوم له اليه انتهى (أقول) لا ضير في مخالفته ما ذكر في هذا الجواب الثاني لما أسلفه صاحب العناية في باب البيع الفاسد دفاته وان أسلفه هناك تبعاً لصاحب النهاية إلا أن المصنف صرح هناك بتحقيق

الاستيلاء في المكاتب  
يجزأ عند أبي حنيفة رحمه  
الله لانه لا وجه لتكميل  
الاستيلاء الا بملك نصيب  
صاحبه والمكاتب لا تقبل  
النقل من ملك إلى ملك  
فتقتصر أمومة الولد على  
نصيبه كما في المدبرة المشتركة  
فان الاستيلاء فيها يجزأ  
 بالاتفاق والجامع ان كلا  
من الكتابة والتدبير يمنع  
الانتقال من ملك إلى ملك  
ولا وجه لفسخ الكتابة  
لان المكاتب قد ترضى  
بجربة عاجلة بجهة الكتابة  
ولا ترضى بجربة آجلة بجهة  
الاستيلاء فاذن لا يتم محض  
الفسخ منفعه لا تنسخ الا  
بفسخ الكتابة واذا ادعى  
الثاني ولدها الآخر صحت  
دعوته لقيام ملكه ظاهرًا  
وانما قيد بقوله ظاهر لان  
الظاهر أن غرضه على  
كتابتها فكان ملكه باقياً  
نظراً إلى الظاهر ثم اذا عجزت  
بعد ذلك جعلت الكتابة  
مكان لم تكن وتبين أن  
الجارية كلها أم ولد الأول  
لانه زال المانع من الانتقال  
ووطئها سابق ويضمن  
نصف قيمته لانه تلك نصيبه

(٣٦ - تكمله سابق) لما استكمل الاستيلاء ونصف عقرها لو طئها جارية مشتركة ويضمن شريكه كمال عقرها فيكون النصف بالنصف قصاصاً ويبيح الأول على الثاني نصف العقر وقيمة الولد

(قوله أي صحت دعوته وثبت نسبه) أقول فيه بحث (قوله أي صحت دعوتها أيضاً) أقول فيه بحث أيضاً (قوله لا تنسخ الا بفسخ الكتابة) أقول دون أن تعجز نفسها على ما هو المفروض في وضع المسئلة



ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر والحقيقة أما بالنظر الى الظاهر فيكون الولد ابنه بالقيمة فإنه بمنزلة المغرور لأنه حين وطئها كان ملكه قائماً  
 ظاهراً كما ذكرنا وولد المغرور ثابت النسب منه حر بالقيمة على ما عرف وأما بالنظر الى الحقيقة فزوم كمال العقر لأنه وطئ أم ولد الغير حقيقة  
 فإن قيل فعلى هذا ينبغي أن لا يضمن الثاني قيمة الولد الاول عند أبي حنيفة لأن حكم ولد أم الولد حكم أمه ولا قيمة لام الولد عنده فكذلك لا ينه  
 أجيب بأن هذا على قولهما وأما على قوله فليس عليه ضمان قيمة الولد وليس بشئ وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون  
 الولد ممتقوماً على أحدهما فكان حر بالقيمة وأيهما دفع العقر الى المكاتبه يعني قبل الحجر جاز لان الكتابة مادامت باقية فحق القبض  
 لها الاختصاص بها بمنافعها وأبدائها وإذا عجزت رد العقر الى المولى لظهور اختصاصه وهذا الذي ذكرنا كله قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف  
 ومحمد هي أم ولد الاول وهي مكاتبه ويعتق بأداء البدل الى الاول ولا يجوز وطء الآخر لأنه لما ادعى الاول الولد صارت كلها أم ولد له لان  
 أمومية الولد يجب تكميلها بالاجماع ما أمكن لان الاستيلاء طلب الولد وأنه يقع بالفعل والفعل لا يجزأ فكذلك ما يثبت به ولهذا لا يكمل  
 في الفقة بالاجماع وقد أمكن ههنا بفسخ (٣٦٦) الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ تكميلة الاستيلاء وفيما لا تنصرف ربه المكاتبه وهو

أمومية الولد لأنه لا ضرر لها  
 فيها بل لها فيه نفع حيث لم  
 تنق محلاً لا تبدل بالبيع  
 والهبة وتبقى الكتابة فيما  
 وراءه محلاً أي فيما وراء ما لا  
 تنصرف ربه وهو كونه أحمق  
 بأكسابه أو أكساب ولدها  
 (قوله بخلاف التدبير)  
 جواب عن قياس أبي حنيفة  
 المتنازع فيه على المدبرة  
 المشتركة وجهه أنا قد قلنا  
 ان أمومية الولد تستكمل  
 ما أمكن ولا إمكان ههنا لان  
 التدبير غير قابل للفسخ فإذا  
 استولد الشريك الثاني بعد  
 استيلاء الاول المدبرة  
 المشتركة بينهما صح استيلاءه  
 (قوله وبخلاف بيع  
 المكاتب) قيل هو جواب  
 عما يقال ههنا ففسخ  
 الكتابة في ضمن صحة

ويكون ابنه) لأنه بمنزلة المغرور لأنه حين وطئها كان ملكه قائماً ظاهراً وولد المغرور ثابت النسب منه  
 حر بالقيمة على ما عرف لكنه وطئ أم ولد الغير حقيقة فيلزمه كمال العقر (وأيهما دفع العقر  
 الى المكاتبه جاز) لان الكتابة مادامت باقية فحق القبض لها الاختصاص بها بمنافعها وأبدائها وإذا عجزت  
 رد العقر الى المولى لظهور اختصاصه (وهذا) الذي ذكرنا (كله قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد  
 هي أم ولد الاول ولا يجوز وطء الآخر) لأنه لما ادعى الاول الولد صارت كلها أم ولد له لان أمومية الولد  
 يجب تكميلها بالاجماع ما أمكن وقد أمكن بفسخ الكتابة لانها قابلة للفسخ فتفسخ فيما لا تنصرف ربه  
 المكاتبه وتبقى الكتابة فيما وراءه بخلاف التدبير لأنه لا يقبل الفسخ وبخلاف بيع المكاتب لان في  
 تجوزها ابطال الكتابة اذا المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً

الرواية عن أبي حنيفة رحمه الله في تقوم أم الولد ابضا حيث قال وان ماتت أم الولد والمدر في يد المشتري  
 فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة رحمه الله وقال عليه فيمتها وهو رواية عنه انتهى والجيب به هذا الجواب  
 الثاني انما هو تاج الشريعة وصاحب الكفاية وهما لم يذكر في باب البيع الفاسد عدم تحقق الرويتين  
 عن أبي حنيفة في حق أم الولد وأما صاحب العناية فليس بجيب بهذا الجواب من عند نفسه بل هو ناقل  
 محض فلا ينافي ما اختاره هناك (قوله وبخلاف بيع المكاتب الخ) هذا جواب عما يقال ههنا قلتم  
 بفسخ الكتابة ضمناً لصحة البيع فيما اذا بيع المكاتب كما قلتم بفسخ الكتابة ضمناً لصحة الاستيلاء  
 ووجه الجواب أن في تجوز البيع ابطال الكتابة اذا المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً ولو ابطالها  
 تنصرف ربه المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتصرف به المكاتب لا يصح ههنا ما عليه جمهور الشراح في جمل  
 مراد المصنف بكلامه ههنا عليه وقد ذكر هذا السؤال والجواب صراحة في الكافي بفان قيل  
 قلنا ثم ان صاحب العناية بعد أن ذكر هذا المعنى الكلام المصنف هذا بقيل قال ويجوز أن يكون بيانا  
 لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فالبيع وراءه لا يتصرف به فان المكاتب يتصرف به فتبقى الكتابة كما كانت

(قوله ويكون الولد ابنه بالنظر الى الظاهر) أقول أي ما ذكر من ضمان كمال العقر وقيمة الولد وكون الولد ابنه ثابت بالنظر الى الظاهر  
 والحقيقة (قوله لان حكم ولد أم الولد حكم أمه) أقول سبق في هذه الكراسة ان الاوصاف القارة الشرعية في الامهات تسري الى الاولاد  
 (قوله وقيل عن أبي حنيفة في تقوم أم الولد روايتان فيكون الولد ممتقوماً على أحدهما) أقول هذا مخالف لما أسلفه الشارح في باب البيع  
 الفاسد من أن الرويتين في حق المدبر وأما في حق أم الولد فاتفقت الروايات عن أبي حنيفة أنه لا يضمن بالبيع والغصب لأنه لا تقوم  
 لمايتها قال المصنف (وبخلاف بيع المكاتب) أقول هذا جواب عن قياس أبي حنيفة نقل المكاتبه المفروضة من ملك الثاني  
 الى ملك الاول على بيعها ووجهه أن في العقل لا تنفسخ الكتابة مطلقاً كما فصل بخلاف البيع

البيع فيما اذا بيع المكاتب كما فسختها في ضمن صحة الاستيلاء ووجهه ان في تجوز البيع ابطال الكتابة انتهى  
 اذا المشتري لا يرضى ببقائه مكاتباً ولو ابطالها تنصرف ربه المكاتب وفسخ الكتابة فيما يتصرف به المكاتب لا يصح ويجوز أن يكون بيانا  
 لقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه فان البيع وراءه لا يتصرف به وان كان المكاتب يتصرف به فتبقى الكتابة كما كانت

( قوله واذا صارت كلها أم ولده ) متصل بقوله صارت كلها أم ولده وتفسيره انه لما ادعى الاول صارت كلها أم ولده واذا صارت كلها أم ولده فالثاني وطئ أم ولده الغير فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة غير انه لا يجب عليه الحد للشبهة وهي شبهة انها مكاتبه بينهم ما يدل ما ذكره أبو حنيفة انها تبقى مكاتبه بينهم ما ينضمون له لا يجاع على ما ذكرناه ولا حد على وطء مكاتبته ويلزمه جميع العقر لان الوطء لا يعرى عن احدى الغرامتين وقوله ( واذا بقيت الكتابة ) متصل بقوله وتبقى الكتابة فيما وراءه ونقـريره وتبقى الكتابة فيما وراءه واذا بقيت الكتابة فصارت كلها مكاتبه له أي لا الاول فيلزم هو جزاء اذا بقيت يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة قد انفسخت فيما لا تنضمون به المكاتبه ولا تنضمون بسقوط نصف البدل وهو نصيب الشريك الثاني وهو قول أبي منصور وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنسخ الا في حق التملك ضرورة تكيل الاستيلاء والثابت بالضرورة لا يتعدى فلا ينظر في حق سقوط نصف البدل وقوله ( وفي ابقائه ) يجوز أن يكون جوابا عما يقال الكتابة تنسخ فيما لا تنضمون به المكاتبه وهي لا تنضمون بسقوط نصف البدل فيجب أن تنسخ ووجهه ان في ابقاء عقد ( ٣٦٧ ) الكتابة في حق نصف البدل نظرا

للولي وان كانت لا تنضمون  
المكاتبه بسقوطه فربما  
جانب المولى لان الاصل في  
الكتابة عدم الفسخ  
( والمكاتبه هي التي تعطى  
العقر لا اختصاصها بأبدان  
منافعها ولو عجزت وردت  
في الرق ترد الى المولى لظهور  
اختصاصه على ما بينا ) في  
تعليق قول أبي حنيفة قال  
( ويضمن الاول لشريكه في  
قياس قول أبي يوسف الخ )  
اذا كاتب الرجلان عبدا  
مشتركا بينهما ما كتابة  
واحدة ثم اعتق أحدهما  
نصيبه بضمن المعتق  
لشريكه نصف قيمته  
مكاتبه عند أبي يوسف  
موسرا كان أو معسرا لانه  
ضمن التملك وهو  
لا يختلف باليسار والاعسار

واذا صارت كلها أم ولده فالثاني وطئ أم ولده الغير ( فلا يثبت نسب الولد منه ولا يكون حرا عليه بالقيمة )  
غير انه لا يجب الحد عليه للشبهة ( ويلزمه جميع العقر ) لان الوطء لا يعرى عن احدى الغرامتين واذا  
بقيت الكتابة وصارت كلها مكاتبه له قيل يجب عليها نصف بدل الكتابة لان الكتابة انفسخت فيما  
لا تنضمون به المكاتبه ولا تنضمون بسقوط نصف البدل وقيل يجب كل البدل لان الكتابة لم تنسخ الا في حق  
التملك ضرورة فلا ينظر في حق سقوط نصف البدل وفي ابقائه في حقه نظر للولي وان كان لا تنضمون  
المكاتبه بسقوطه والمكاتبه هي التي تعطى العقر لا اختصاصها بأبدان منافعها ولو عجزت وردت في الرق  
ترد الى المولى لظهور اختصاصه على ما بينا قال ( ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي يوسف  
رحمه الله نصف قيمتها مكاتبه ) لانه تملك نصيب شريكه وهي مكاتبه فيضمنه موسرا كان أو معسرا لانه  
ضمن التملك ( وفي قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمته او من نصف ما بقي من بدل الكتابة ) لان حق  
شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلا تردد بينهما يجب أقلهما  
انتهى ( أقول ) لا يخفى على من له ذوق صحيح ما فيه من الركاكة من جهة اللفظ ومن جهة  
المعنى فليتفكر وقال بعض الفضلاء قول المصنف هذا جواب عندي عن قياس أبي حنيفة نقل  
المكاتبه المفروضة من ملك الثاني الى ملك الاول على بيعها ووجهه أن في النقل لا تنسخ الكتابة مطلقا  
كما فصل بخلاف البيع الى هنا كلامه ( أقول ) أنت خير بأن القياس الذي ذكره لم يقع من أبي  
حنيفة قط فكيف يكون هذا جوابا عن ذلك ( قوله ويضمن الاول لشريكه في قياس قول أبي  
يوسف نصف قيمتها مكاتبه الى قوله فلا تردد بينهما يجب أقلهما ) قال صاحب العناية في شرح هذا  
المقام اذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق أحدهما نصيبه بضمن المعتق  
لشريكه نصف قيمته مكاتبه عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا لانه ضمن التملك وهو لا يختلف  
باليسار والاعسار وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبه او من نصف ما بقي من بدل الكتابة لان  
حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار الاداء فلا تردد بينهما يجب أقلهما

وعند محمد يضمن الاقل من نصف قيمته مكاتبه او من نصف ما بقي من بدل الكتابة لان حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي  
نصف البدل على اعتبار الاداء فلا تردد بينهما يجب أقلهما لانه متيقن قال صدر الاسلام ولاه لوبقي من البدل درهم يكون حصته نصف  
درهم وقد تملكها أحدهما بالاستيلاء فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة اذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل اليه  
جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الا نصف درهم فلماذا أو جينا الاقل هذا قولهما في المكاتب المشترك اذا اعتق أحدهما نصيبه وعلى  
هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبه وعلى قياس قول محمد يضمن  
الاقل من نصف قيمتها مكاتبه ومن نصف ما بقي من البدل والوجه قد ذكرناه

( قوله انها تبقى مكاتبه بينهما ) أقول بخلاف لقوله وهي مكاتبه له ( قوله قبل هو جزاء اذا بقيت ) أقول قوله هو راجع الى قوله قبل ( قوله  
على ما بينا ) أقول يعني في شرح قوله ويبقى فيما وراءه ( قوله في تعديل قول أبي حنيفة ) أقول فيه بحث والاولى أن يقال في تعديل القولين

قال (واذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم هجرت بطل التدبير) لأنه لم يصادف الملك أما عندهما فظاهر لان المستولدات لهما قبل الهجر وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا نه بالعجرتين أنه تلك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه مصادف ملك غير التدبير يعتمد الملك بخلاف النسب لأنه يعتمد الغرور على ما مر قال (وهي أم ولد الاول) لأنه تلك نصيب شريكه وكل الاستيلاء على ما بينا (ويضمن لشريكه نصف عقرها) لو طئه جارية مشتركة (ونصف قيمتها) لأنه تلك نصفها بالاستيلاء وهو تلك بالقيمة (والولد الاول) لأنه صحت دعواه لقيام المصحح

لأنه متيقن قال صدر الاسلام ولأنه لو بقي من البذل درهم يكون حصته نصف درهم وقد غلظت كلها أحدهما بالاستيلاء فيستحيل أن يجب عليه نصف القيمة وهو خمسمائة إذا كانت قيمتها ألف درهم وقد وصل اليه جميع بدل نصيبه من هذه الرقبة الانصف درهم فلماذا أوجبنا الاقل هذا قولهم في المكاتب المشتركة إذا اعتق أحدهما نصيبه وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبه وعلى قياس قول محمد يضمن الاول أقل من نصف قيمتها مكاتبه ومن نصف ما بقي من البذل والوجه قد ذكرناه الى هنا كلام صاحب العنايه (أقول) هذا شرح فاسد وتحرير محتل أما أولا فلان قوله إذا كاتب الرجلان عبدا مشتركا بينهما كتابة واحدة ثم اعتق أحدهما نصيبه يضمن المعتق لشريكه نصف قيمته مكاتبه عند أبي يوسف موسرا كان أو معسرا خبط فاحش اذ قد صرح في عامة المعترات حتى الهداية نفسها فيما سياتي بعد نصف صفحة بأن قول أبي يوسف في تلك المسئلة أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبه إن كان موسرا ويستسمى العبدان كان معسرا بناء على أنه ضمان اعتاق فيختلف بالسار والاعسار ومن العجائب قول صاحب العنايه في الاستدلال على قول أبي يوسف في تلك المسئلة أنه ضمان التملك وهو لا يختلف بالسار والاعسار اذ لا يشبهه على أحد ضمان الاعتاق ضمان افساد التملك لا ضمان التملك أولم يرقول صاحب الكفاية بعد شرح قول المصنف هنا أنه ضمان تملك فأما إذا اعتقها أحدهما أولا كان هذا ضمان افساد الملك وأما ثانيا فلان قوله هذا قولهم في المكاتب المشتركة إذا اعتق أحدهما نصيبه بدل على أن ما ذكره فيما قبل بأمره كان في حق المكاتب المشتركة إذا اعتق أحدهما نصيبه مع أن مانقه عن صدر الاسلام فيما قبل صريح في أنه في حق المكاتب المشتركة إذا غلظت كلها أحدهما بالاستيلاء وأما ثالثا فلأنه صرف القياس في كلام المصنف هذا الى قول أبي يوسف ومحمد معا حيث قال وعلى هذا القياس قولهما فيما نحن فيه فعلى قياس قول أبي يوسف يضمن الاول لشريكه نصف قيمتها مكاتبه وعلى قياس قول محمد يضمن الاقل من نصف قيمتها مكاتبه ومن نصف ما بقي من البذل انتهى مع أن كلام المصنف في المفيس عايم وهو مسألة الاعتاق على ما سياتي صريح في أن محمد مع أبي يوسف هناك في أن يضمن الساكت المعتق قيمة نصيبه مكاتبه إذا كان موسرا دون الاقل منها ومن نصف ما بقي من البذل فكيف يتم القياس على قول محمد رحمه الله نعم يجوز أن يكون عن محمد روايتان في مسألة اعتاق أحد الشريكين المكاتب المشترك بينهما أحدهما ما ذكره المصنف فيما سياتي والاخرى ما يوافقه قياس ما ذكره في مسألة الاستيلاء وبذل عليه ما ذكره في بعض الكتب المعتمدة كالكا في البدائع فان المذكور فيهما في مسألة الاعتاق على قول محمد هو الرواية الاخرى وهي ضمان الاقل من نصف القيمة ومن نصف ما بقي من بدل الكتابة. لكن كلامنا في عدم مساعدة كلام المصنف نفسه لصرف القياس الذي أقعده في لفظ الجامع الصغير ههنا الى قولهما معا \* ثم أقول الوجه عندى أن يكون مراد المصنف ههنا أن قول أبي يوسف فيما نحن فيه من مسألة الاستيلاء على

(واذا كان الثاني لم يطأها ولكن دبرها ثم هجرت بطل التدبير لم يطأها) ولكن دبرها ثم هجرت بطل التدبير لعدم مصادفته الملك أما عندهما فظاهر لان المستولدات لهما قبل الهجر وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا نه بالعجرتين أنه تلك نصيبه من وقت الوطء فتبين أنه أي التدبير (مصادف ملك غيره والتدبير يعتمد الملك) فلا يصح بدونه (بخلاف النسب) فإنه ثبت من الثاني ان وجد الوطء منه (لأنه يعتمد الغرور) لا الملك (وهي أم ولد الاول) لأنه تلك نصيب شريكه وكل الاستيلاء على ما بينا (يعني في تعليل قول أبي حنيفة وهو قوله وتبين ان الجارية كلها أم ولد الاول لأنه زال المانع من الانتقال) (ويضمن لشريكه نصف عقرها) لو طئه جارية مشتركة ونصف قيمتها لأنه تلك نصفها بالاستيلاء وهو تلك بالقيمة والولد الاول لأنه صحت دعواه لقيام المصحح وهو الملك في المكاتبه

( وهذا قولهم جميعا ) لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وهما ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للدير فيها فلا يصح تديره وقد ذكرنا ايضا من قوله ( ووجهه ما بينا ) أى في تعليل القولين أما طرف أبى حنيفة فقد ذكرنا أنفا من قوله وتبين أن الجارية الخ وأما طرفهما فهو قوله لانه لما ادعى الاول صارت كلها أم ولده الخ ( وان كانا كاتباهما ثم اعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليه عند أبى حنيفة وقال لا يرجع عليها لانها لما عجزت وردت في الرق صارت كأنها لم تزل قنة والجواب فيه ) أى في اعتناق أحد الشريكين القن ( على هذا الخلاف في الرجوع ) فان عند أبى حنيفة اذا ضمن السالك المعتق فالمعتق يرجع على العبد وعندهما لا يرجع عليه ( وفي الخيارات ) عند أبى حنيفة السالك مختار بين الخيارات الثلاث ان شاء أعترى وان شاء استسعى العبد وان شاء ضمن شريكه قيمة نصيبه وعندهما ليس له الا الضمان مع اليسار والسعاية مع الاعسار ( وغيرها ) يعنى الولاء وترديد الاستسعاء فان عند أبى حنيفة ان أعتق السالك وأستسعى فالولاء بينهما ما وان ضمن المعتق فالولاء للمعتق وعندهما للمعتق في الوجهين جميعا وأما ترديد الاستسعاء فانهم لا يريان الاستسعاء ( ٣٦٩ ) مع اليسار ويقولان ان كان المعتق موسرا

يضمن نصيب السالك وان كان معسرا سعى العبد لنصيب السالك وأبو حنيفة رضى الله عنه يراه ( كما هو مسئله تجزؤا لاعتناق كما تقرر في العناق ) هذا اذا عجز ( وأما قبل العجز فليس له أن يضمن المعتق عند أبى حنيفة ) خلافا لما هو واضح ومبناه أيضا على تجزؤا لاعتناق وذلك ( لان الاعتناق لما تجزأ عنده لم يظهر افساده نصيب السالك ما لم يجزأ فان أثره حينئذ أن يجعل نصيب السالك كالسالك وهو حاصل وانما يظهر ذلك اذا عجزت كما وجب ذلك في القنة فيوجب الضمان

وهذا قولهم جميعا ووجهه ما بينا قال ( وان كانا كاتباهما ثم اعتقها أحدهما وهو موسر ثم عجزت يضمن المعتق لشريكه نصف قيمتها ويرجع بذلك عليها عند أبى حنيفة وقال لا يرجع عليها ) لانها لما عجزت وردت في الرق تصير كأنها لم تزل قنة والجواب فيه على الخلاف في الرجوع وفي الخيارات وغيرها كما هو مسئله تجزؤا لاعتناق وقد قررناه في الاعتناق فأما قبل العجز ليس له أن يضمن المعتق عند أبى حنيفة لان الاعتناق لما كان يجزأ عنده كان أثره أن يجعل نصيب غير المعتق كالسالك فلا يتغير به نصيب صاحبه لانها مكتوبة قبل ذلك وعندهما لما كان لا يجزأ يعتق الكل فله أن يضمنه قيمة نصيبه مكاتبه ان كان موسرا ويستسعى العبدان لانهم معسرا لانه ضمان اعتناق فيختلف باليسار والاعسار قال ( واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فان شاء الذى دبره ضمن المعتق نصف قيمته مدبرا وان شاء استسعى العبد وان شاء أعتق وان أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يكن له أن يضمن المعتق ويستسعى أو يعتق وهذا عند أبى حنيفة رحمه الله )

قياس قوله في مسئله الاعتناق وأما قول محمد فيه فعلى خلاف قوله في تلك المسئلة يرشد الى هذا المعنى قطعاً أسلوب تجزؤا المصنف حيث قال في قياس قول أبى يوسف وفي قول محمد زيادة لفظ قياس في الاول وحذفه في الثانى تدبر ترشد ( قوله وهذا قولهم جميعا ) لان الاختلاف مع بقاء الكتابة وهما ما بقيت لانه لما استولدها الاول ملك نصف شريكه ولم يبق ملك للدير فيها فلا يصح تديره كذا في العناية وغيرها قال بعض الفضلاء فيه انه ينبغي أن يملكها عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليأمل انتهى ( أقول ) يمكن الفرق بأن وجه قول محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فيما اذا بقيت الكتابة وهو أن حق شريكه في نصف الرقبة على اعتبار العجز وفي نصف البدل على اعتبار

( وعندهما لما لم تجزأ اعتق الكل فله أن يضمن قيمة نصيبه مكاتبه ان كان موسرا ويستسعى العبدان كان معسرا لانه ضمان اعتناق فيختلف باليسار والاعسار ) قال ( واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما الخ ) واذا كان العبد بين رجلين دبره أحدهما ثم أعتقه الآخر وهو موسر فان المدبر مختار بين تضمين المعتق نصف قيمة المدبر وبين استسعاء العبد واعتناقه وان كانت المسئلة بالعكس من ذلك وهو ان أعتقه أحدهما ثم دبره الآخر لم يضمن المعتق ولكن يستسعى أو يعتق وهذا عند أبى حنيفة

( قوله وهذا قولهم جميعا لان الاختلاف مع بقاء الكتابة ) أقول فيه أنه ينبغي أن يملكها عند محمد بالاقل من نصف القيمة ونصف بدل الكتابة فليأمل ( قوله لان الاختلاف ) أقول يعنى بين أبى حنيفة وصاحبيه ( قوله وغيرها الخ ) أقول معطوف على قوله وفي الخيارات وقوله وفي الخيارات معطوف على قوله في الرجوع ( قوله يعنى الولاء وترديد الاستسعاء ) أقول فيه أن ترديد الاستسعاء غير خارج عن الخيارات الثلاث كترديد المعتق قال المصنف ( واذا كان العبد بين رجلين ) أقول ليست المسئلة من كتابة العبد المشترك وانما ذكرها استطرادا



ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكنه يفسد به نصيب الآخر فلهذا لا بد من نصيبه  
نصيبه وله الاعتاق والاستعاء فإذا اعتق الآخر لم يبق له خيار التضمين والاستعاء ويقتصر الاعتاق على نصيبه لأنه يتجزأ عنده ولكن  
يفسده نصيب شريكه أسد باب الاستخدام عليه فله تضمين نصيبه والاعتاق والسعاية أيضا كما هو مذهبه فإن ضمنه ضمن قيمة نصيبه  
مدبر إلا أن الاعتاق صادف المدبر واختلفوا في قيمته فقيل قيمة تعرف بتقويم المقومين وقيل قيمته ثلثا قيمة الفن لأن المنافع أنواع  
ثلاثة البيع وما أشبهه في كونه خروجا عن الملك كالهبة والصدقة والأرض والوصية والاستخدام وأمثاله في كونه انتفاعا بالمنافع  
كالأجرة والعارية والوطء والاعتاق وتوابعه كالكتابة والاستيلاء والتدبير والاعتاق على مال والقائم من ذلك النوع الأول فيسقط  
الثلث وإذا ضمنه لا يملك شيئا بالضمن لأن لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبر وأبقى فانه يضمنه ولا يملكه فكان  
ضمنان حيولة بين المالك والمملوك (٣٧٠) لأن ضمان ذلك وإن أعنته أولا يعنى المسئلة الثابتة كان لا يخرج الخيارات

الثلاث عنده خيار التضمين  
والاعتاق والسعاية لأن  
المعتق اقتصر على نصيبه  
وأفسد نصيب شريكه كما  
هو فإذا دبره لم يبق له خيار  
التضمين لأنه عبارة التدبير  
يصير مبررا للمعتق عن  
الضمن بمعنى وهو أن نصيبه  
كان قنا عند اعتاق المعتق  
فكان تضمينه إياه متعلقا  
بشرط تملك العين بالضمنان  
وقد فوت ذلك بالتدبير يتجزأ  
الأول فهناك كان نصيبه  
مدبر عند ذلك فلا يكون  
التضمين مشروطا بملك  
العين منه والحاصل أن  
الضمنان يتعلق بالتملك إذا  
كان المحل وقت الاعتاق  
قابلا للتملك كما إذا اعتق  
أولا وأغصب الفن ففات أو  
أبقى وأما إذا لم يكن المحل قابلا  
له وقت الاعتاق كما إذا تقدم

ووجهه أن التدبير يتجزأ عنده فتدبير أحدهما يقتصر على نصيبه لكنه يفسد به نصيب الآخر  
فيثبت له خيار الاعتاق والتضمين والاستعاء كما هو مذهبه فإذا اعتق لم يبق له خيار التضمين  
والاستعاء واعتاقه يقتصر على نصيبه لأنه يتجزأ عنده ولكن يفسد به نصيب شريكه فله أن يضمنه  
قيمة نصيبه وله خيار الاعتاق والاستعاء أيضا كما هو مذهبه ويضمنه قيمة نصيبه مدبر إلا أن الاعتاق  
صادف المدبر ثم قيل قيمة المدبر تعرف بتقويم المقومين وقيل يجب ثلثا قيمته وهو فن لأن المنافع  
أنواع ثلاثة البيع وأشباهه والاستخدام وأمثاله والاعتاق وتوابعه والقائم البيع فيسقط الثلث  
وإذا ضمنه لا يملكه بالضمن لأن لا يقبل الانتقال من ملك إلى ملك كما إذا غصب مدبر وأبقى وإن  
أعنته أحدهما أولا كان لا يخرج الخيارات الثلاث عنده فإذا دبره لم يبق له خيار التضمين وبقي خيار  
الاعتاق والاستعاء لأن المدبر يعتق ويستسي (وقال أبو يوسف ومحمد إذا دبر أحدهما فعنت  
الآخر باطل) لأنه لا يتجزأ عندهما فيملك نصيب صاحبه بالتدبير (ويضمن نصف قيمته موسرا كان  
أو معسرا) لأنه ضمان تلك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لأنه صادف التدبير  
وهو فن (وإن أعنته أحدهما فتدبر الآخر باطل) لأن الاعتاق لا يتجزأ فعنت كله فلم يصادف التدبير  
الملك وهو يعتقه (ويضمن نصف قيمته إن كان موسرا) ويسمى العبد في ذلك إن كان معسرا لأن هذا  
ضمان الاعتاق فيختلف ذلك باليسار والاعسار عندهما والله أعلم

### باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

الاداء فله تردد بينهما يجب أقلهما وهذا الوجه غير متمش في ما إذا لم يبق الكتابة لأن كون حق شريكه في  
نصف البذل على اعتبار الاداء انما يتصور عند بقاء الكتابة وأما بعد زوالها فيصير ما أدته إلى شريكه  
عزله العدم كما هو الحال في كل مكاتب عجز عن أداء تمام البذل فانه فسخ الكتابة فينشد بتعين حق  
شريكه في نصف الرقبة فيضمن نصف قيمته بالاتفاق فليتامل انتهى

### باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

التدبير فالضمنان يتعلق بمجرد الحيولة بين المالك والمملوك لا بالتملك فإذا اعترض ضمان الحيولة على ما تعلق تأخير  
بالتملك سقط الضمان لفوات شرطه فصار مفوت الشرط بتقويته مبررا لصاحبه عما لزمه وبقي له خيار الاعتاق والاستعاء لأن المدبر  
يعتق ويستسي وقال أبو يوسف ومحمد إذا دبر أحدهما فعنت الآخر باطل لأنه لا يتجزأ عندهما فيملك نصيب صاحبه بالتدبير  
ويضمن نصف قيمته موسرا كان أو معسرا لأنه ضمان تلك فلا يختلف باليسار والاعسار ويضمن نصف قيمته قنا لأن تدبيره صادف  
وهو فن وإن أعنته أحدهما فتدبر الآخر باطل لأن الاعتاق لا يتجزأ عندهما فيعتق كله وكلامه فيه ظاهر

### باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

(قوله فإذا دبره إلى قوله وهو أن نصيبه كان قنا) أقول الضمير في قوله نصيبه والضمير المستقر في قوله دبر راجعان إلى قوله لا يخرج قوله  
لكن لا يخرج الخيارات الثلاث

### باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهراً التناوب لأن هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة قال (واذا عجز المالك عن نعيم) النجم هو الطالع ثم سمي به الوقت المضروب ثم سمي به ما يؤدي فيه من الوظيفة وان عجز المالك عن نعيم (نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه أو مال غائب يقدم عليه لم يجز بتعجيله وانتظر عليه اليومين والثلاثة نظر اللجانين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كلها على الخصم للدفع) فان المدعى عليه اذا توجه الحاكم عليه فادعى الدفع وقال لي بينة حاضرة أنه يؤخر يوماً ويومين وثلاثة لا يزد عليه وجعلوا هذا التقدير من باب التعجيل دون التأخير والاصل فيه قصة موسى مع الخضر عليه السلام حيث قال في الكرة الثالثة هذا فراق بيني وبينك وكذا التقدير صاحب الشرع مدة الخيار ثلاثة أيام (والمديون) بالجر معطوف على كماله يعني اذا ثبت على رجل مال فقال المدعى عليه أمهلني يوماً وثلاثة أيام فانه مهمل ولا يزد عليه (فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيله وعجزه وفسخ الكتابة عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان لقول علي (٢٧١) رضى الله عنه اذا توالى على المالك نجمان رد في الرق علقه

نجمان رد في الرق علقه به هذا الشرط) فلا يوجد دونه ولقد ثبت أن يقول هذا استدلال بمفهوم الشرط وهو ليس بناهض لانه يفيد الوجود فقط والجواب ما شار إليه فخر الاسلام انه معلق بشرطين والمعلق بشرطين لا يستلزم عند أحد مما كلفوا قال ان دخلت هذين الدارين فانت طالق (ولان عقد الكتابة عقد ارفاق) مبناه على المسامحة (حتى كان أحسنه مؤجلاً وحالة الوجوب بعد حلول نجم) فلا ارفاق في الطاب عنه (فلا بد من امهال مدة ارفاقاً وأولى المدة لذلك ما توافق عليه العاقدان) فان مضى النجم الثاني ولم يؤد المال تحقق العجز عن

قال (واذا عجز المالك عن نعيم نظر الحاكم في حاله فان كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لم يجز بتعجيله وانتظر عليه اليومين أو الثلاثة) نظر اللجانين والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كلها على الخصم للدفع والمديون للقضاء فلا يزد عليه (فان لم يكن له وجه وطلب المولى تعجيله وعجزه وفسخ الكتابة وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يعجزه حتى يتوالى عليه نجمان) لقول علي رضى الله عنه اذا توالى على المالك نجمان رد في الرق علقه به هذا الشرط ولانه عقد ارفاق حتى كان أحسنه مؤجلاً وحالة الوجوب بعد حلول نجم فلا بد من امهال مدة استيسار أو أولى المدد ما توافق عليه العاقدان ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين وهذا الان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجمهم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضياً بدينه بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها الا مكان الاداء فلم يكن تأخيراً

تأخير باب أحكام هذه الأشياء ظاهراً التناوب لأن هذه الأشياء متأخرة عن عقد الكتابة فكذا بيان أحكامها (قوله والثلاث هي المدة التي ضربت لابلاء الاعذار كلها على الخصم للدفع والمديون للقضاء) قال صاحب العناية والمديون بالجر معطوف على كماله (أقول) هذا بحسب ظاهره غير صحيح قطعاً لانه لا شك أن المديون معطوف على الخصم والمعنى وكماله المديون لاجل القضاء (قوله ولهما أن سبب الفسخ قد تحقق وهو العجز لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول فيه شيء وهو أن دليلهما هذا لا يتمشى في صورة ان عجز عن أداء آخر النجوم التي توافقت عليه بعد ان أدى سائر النجوم بأسرها اذا لا يلزمه حينئذ سوى أداء نجم واحد حتى يجتمع عليه نجمان عند أمهاله مدة نجم فيكون أعجز عن أدائهما بل يكون عليه حينئذ أن يؤدي نجماً واحداً في ضعف مدته ولا ريب انه أسره كما قال أبو يوسف رحمه الله وقال بعض الفضلاء فيه تأمل فانه اذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لانسلم هذه الشرطية انتهى (أقول) ان قوله هذه الشرطية ليس بسديد اذا تظاهرت من في قوله من عجز عن أداء نجم واحد موصولة وان قوله يكون أعجز عن أداء نجمين خبران في قوله لان فلا شرط ولا جواز في الكلام حتى

أدائهما فيفسخ لوجود مدة التأجيل التي اتفق عليها العاقدان (ولهما ان سبب الفسخ) وهو العجز (قد تحقق لان من عجز عن أداء نجم واحد كان عن أداء نجمين أعجز وهذا) أي كون العجز سبباً للفسخ (لان مقصود المولى الوصول الى المال عند حلول نجمهم وقد فات فيفسخ اذا لم يكن راضياً بدينه) والضمير في يفسخ يجوز أن يكون للمولى أي فيفسخ المولى ان كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لانسلم هذه الشرطية (فان لم يكن راضياً بدينه) فان اسكتب اذا عجز عن أداء بدل الكتابة ولم يرض بالفسخ فهل يستبد المولى به أو يحتاج الى قضاء القاضي فيه روايتان (بخلاف اليومين والثلاثة لانه لا بد منها الا مكان الاداء فلم يكن تأخيراً)

(قوله والمديون بالجر معطوف على قوله كماله) أقول فيه مسامحة لانه معطوف على الخصم (قوله يعني اذا ثبت) أقول يعني باقرار المدعى عليه (قوله وقال أبو يوسف لا يعجزه الخ) أقول سواء كان له وجه أم لا على ما يفهم من دليله قال المصنف (لأن من عجز عن أداء نجم واحد يكون أعجز عن أداء نجمين) أقول فيه تأمل فانه اذا كان له دين يقبضه أو مال يقدم عليه لانسلم هذه الشرطية

(قوله والا<sup>٣</sup> فارمتهارضة) جواب عن استدلاله بأثر على رضى الله عنه وبين ذلك انه روى عن ابن عمر ان مكاتبة له عجزت عن نجم فردها فسقط الاحتجاج بها لان الا<sup>٣</sup> فارذا تعارضت وجهل التاريخ تساقطت وبصار الى ما بعدها من الحجج فيبقى ما قالاه من الدليل بأن سبب الفسخ قد تحقق الخ سماعا عن المعارض لان دليل أبي يوسف حكاية لا تعارض المعقول فيثبت الفسخ به قال (فان أدخل بنجم عند غير السلطان) المراد بالاختلال ههنا ترك أدائه وظيفة بدل الكتابة في الوقت الذي اتفق على تعيينه في أدائها إذا أدخل بهذا التعمين بنجم عند غير السلطان أى القاضي (فجبر فرده مولاه رضاه كان جائزا لان الكتابة تفسخ بالتراضى من غير عذر فبالعذر أولى وان لم يرض به العبد (٢٧٣) لا بد من القضاء بالفسخ لانه عقد لازم) من جانب المولى لا يقدر على الابطال بانفراده

والا<sup>٣</sup> فارمتهارضة فان المروى عن ابن عمر رضى الله عنهم ان مكاتبة له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها قال (فان أدخل بنجم عند غير السلطان فعجز فرده مولاه رضاه فهو جائز) لان الكتابة تفسخ بالتراضى من غير عذر فبالعذر أولى (ولو لم يرض به العبد لا بد من القضاء بالفسخ) لانه عقد لازم تام فلا بد من القضاء أو الرضا كالرد بالعيب بعد القبض وقد تقدم ان فيه رواية أخرى أن الفسخ يصح بلا قضاء وجهها ان هذا عيب يمكن في أحد العوضين قبل غم العقد لان تمام الكتابة بالاداء وتام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه فشبه بهذا الوجه بما لو وجد المشتري معيبا قبل القبض وهذه لا تنفرد المشتري بالفسخ بلا قضاء فكذلك ههنا قال (واذا عجز المكاتب عاد الى أحكام الرق لانفساخ الكتابة وما كان في يده من الاكساب فهو لمولاه لانه ظهر أنه كسب عبده) وكسب العبد لمولاه (وانما قال ظهر لان كسبه كان هو قوفا عليه أو على مولاه) لانه ان أدى بدل

تكون الجملة شرطية (قوله والا<sup>٣</sup> فارمتهارضة فان المروى عن ابن عمر رضى الله عنهم ان مكاتبة له عجزت عن أداء نجم واحد فردها فسقط الاحتجاج بها) هذا جواب عن استدلال أبي يوسف بأثر على رضى الله عنه بأن الاثر المروى عن ابن عمر رضى الله عنهم ما على ما ذكر في الكتاب يعارضه فسقط الاحتجاج بها أى بالا<sup>٣</sup> مارللتعارض لان الا<sup>٣</sup> فارذا تعارضت وجهل التاريخ تسقطت فيصار الى ما بعدها من الحجج فيبقى ما قالاه من الدليل بأن سبب الفسخ قد تحقق الخ سماعا عن المعارض فيثبت الفسخ به كذا في عامة الشروح (أقول) هنا اشكال لان ما قالاه من الدليل المعقول راجع الى القياس على مقتضى ما صرحوا به في كتب الاصول عند بيان انحصار الأدلة الشرعية في الاربعة من أن الاستدلال بالمعقول راجع الى القياس وقد صرح به صاحب غاية البيان ههنا أيضا حيث قال ان الا<sup>٣</sup> فارمتهارضة والتاريخ مجهول فيصار الى ما بعدها من الدليل وهو القياس انتمى وقد تقرر في الاصول أيضا ان القياس لا يجري في المقادير وما نحن فيه من قبيل المقادير كما أفصح عنه كثير من الشراح حيث قالوا وما روينا من حديث ابن عمر كالمروى عن النبي عليه الصلاة والسلام لان ما يقوله الصحابي من المقادير يحمل على السماع لانه لا يدركه القياس انتهى فاذا تعارضت الا<sup>٣</sup> فارمتهارضة في نفسه وتساقطت كما قالوا ولم يصح القياس في المقادير كما تقرر في الاصول والفرع فكيف ينتهز ما قالاه من الدليل المعقول الذي مرجعه الى القياس حجة له ما في اثبات ما ذهب اليه في جواب هذه المسئلة فليستأمل (قوله وقال الشافعي تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه لمولاه وامامه في ذلك زيد بن ثابت رضى الله تعالى عنه)

الكتابة فهو له والا فلولاه (وقد زال التوقف) قال (فان مات المكاتب وله مال لم تنسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعنقه في آخر جز من أجزائه حياته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) المولودون والمشترون في حال الكتابة وهو قول علي وابن مسعود رضى الله عنهما (وبه أخذ علماء نازحهم الله وقال الشافعي رجحه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه فلولاه وهو قول زيد بن ثابت رضى الله عنه)

الكتابة فهو له والا فلولاه (وقد زال التوقف) قال (فان مات المكاتب وله مال لم تنسخ الكتابة وقضى ما عليه من ماله وحكم بعنقه في آخر جز من أجزائه حياته وما فضل فهو ميراث لورثته ويعتق أولاده) المولودون والمشترون في حال الكتابة وهو قول علي وابن مسعود رضى الله عنهما (وبه أخذ علماء نازحهم الله وقال الشافعي رجحه الله تبطل الكتابة ويموت عبدا وما تركه فلولاه وهو قول زيد بن ثابت رضى الله عنه)

(قوله لان دليل أبي يوسف) أقول يعنى دليله المعقول (قوله وغمام العقد بوقوع الفراغ عن استيفاء أحكامه) أقول ومن جملة أحكامه الحرية رقبته عند الاداء

واستدل بذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك وذلك لأن العتق ان ثبت فاما أن يثبت بعد المات مقصودا أو قبله أو بعده مستندا الى حال حياته لا سبيل الى الاول لان المات ليس بعمل للعتق ولا بدله من محل ولا الى الثاني لانه مشروط بالاداء والقرض عديمه فلازم وجود المشر وط بدون شرطه ولا الى الثالث لان الشيء يثبت في الحال ثم يثبت بعد وهذا الشيء لم يثبت بعد ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لأحياء الحق) وعليك باستحضار القواعد الأصلية لاستخراج ما يحتاج اليه القياس من بيان أصل منصوص عليه وقرع وتظهير ولا نص فيه وبيان أن هذا الص في الحال معقول وبيان ما عجز هذا الوصف عن غيره بيان ما لا يحتمل لاعتق اللعان لمقولة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم وعن السلف وعدايته يظهر رأثر في جنس الحكم المعطل به وغير ذلك (٣٧٣) من شروط القياس فان تعذر

ذلك فارجع الى الاصول  
الحديثة باءاء اضافة  
الحكم الى المشتري وسد  
طريق ما يرد من رده وادعاء  
الاضافة الى المختص في هذا  
الموضع وأمثلة فان يسر  
الله عليك ذلك بفيض من  
عنده بعد الجشوع على الركب  
بحضرة المحققين فذلك  
الدور العظيم قدره والا  
فيا له ودعوى معرفة  
الهداية فتكون من الجهالة  
الذي ظهر عند ذوي  
التحصيل عذره والحق  
بالاخرين أعمال الذين  
ضل سعيهم في الحياة الدنيا  
وهم يحسبون أنهم يحسنون  
صنعا (قوله بل أولى) يجوز  
أن يكون جوابا عما يقال  
ليس موت المكاتب موت  
العاقدا لان العقد يبطل  
بموت المعقود وعليه وهو  
المكاتب دون الساقد

ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل وهو لا يخلو اما أن يثبت بعد المات مقصودا أو يثبت قبله أو بعده مستندا لوجه الى الاول لعدم المحلولة ولا الى الثاني لفقد الشرط وهو الاداء ولا الى الثالث لتعذر الثبوت في الحال والشيء يثبت ثم يستند ولنا أنه عقد معاوضة ولا يبطل بموت أحد المتعاقدين وهو المولى فكذا بموت الآخر والجامع بينهما الحاجة الى ابقاء العقد لأحياء الحق بل أولى لان حقه أكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه والموت أنى للمالكية منه للملكية

ولان المقصود من الكتابة عتقه وقد تعذر اثباته فتبطل (أقول) قال صاحب العناية في شرح هذا المحل وقال الشافعي تبطل الكتابة بموت عبد أو مات تركه فلم يولد وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل والمقصود منها كذلك انتهى ورد عليه بعض الفضلاء بأن قوله واستدل لذلك بالمعقول الخ لا يطابق المشر وح دلالاته على أنه استدلال بأثر زيد وبالمعقول حيث قال المصنف ولان المقصود بالو والعاطفة انتهى (أقول) بل هو مطابق للمشر وح فان الواو في قوله واستدل للعطف أيضا والمعطوف عليه معنى قوله وهو قول زيد بن ثابت رضي الله عنه كأنه قال أخذ بقول زيد بن ثابت واستدل لادعاء المعقول أيضا كما أن قول المصنف ولان المقصود بالكتابة عطف على معنى قوله وأما ما في ذلك زيد بن ثابت رضي الله عنه كأنه قال لا أثر زيد بن ثابت ولان المقصود بالكتابة الخ والعطف بحسب المعنى شائع في كلام النفاة وقد صرح بجواز ذلك كثير من المحققين في مواضع شتى من كتب البلاغة فتطابق الشرح والمشر وح في حاصل المعنى كما ترى ثم ان ذلك البعض قال والمواو في المشر وح فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت لأحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد انتهى (أقول) هذا كلام خال عن التحصيل لانه كان مدار رده على صاحب العناية بعدم مطابقة شرحه للمشر وح على تحديق الواو والعاطفة في المشر وح وعدم تحققه في الشرح على زعمه ولم يتحقق ذلك فيما ذكره نفسه قط فانه قال لان العقود الخ بدون الواو والعاطفة فاما معنى عدم مطابقة ذلك للمشر وح وموافقة هذا اياه وأيضا ان الفا في قوله فتبطل الكتابة محال في المشر وح كما لا يخفى على الفطن الناظر في عبارة المشر وح (قوله بل أولى لان حقه أكد من حق المولى) قال صاحب العناية فله بل أولى يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب موت العاقدا لان العقد

(٣٥ - تكملة سابع) ووجه ذلك ان الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقده انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب ادعى من حيث المقتضى والممانع أما المقتضى فلان حقه أكد من حق المولى حتى لزم العقد في جانبه وأما الممانع فلان الموت أنى للمالكية منه للملكية فان الملكية ضعف والموت لا يفي به لكونه عذرا فحقيقا وفي الملكية ضرب قوة والموت ينافيها

(قوله واستدل لذلك بالمعقول بأن المقصود من الكتابة عتقه وعتقه باطل فالمقصود منها كذلك) (أقول) لا يطابق المشر وح دلالاته على أنه استدلال بأثر زيد بالمعقول حيث قال المصنف ولان المقصود بالو والعاطفة والموافق للمشر وح فتبطل الكتابة لان العقود انما شرعت لأحكامها فبطلان الحكم يلزمه بطلان العقد (قوله وهذا الشيء يثبت بعد) (أقول) بل هو متعذر بالثبوت في الحال على ما علمته (قوله يجوز أن يكون جوابا عما يقال ليس موت المكاتب موت العاقدا) (أقول) هذا لا يخلو عن بعد بقوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذا بموت الآخر فانه صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم إلا أن يحمله على الكلام المتزلى (قوله والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب ادعى) (أقول) في قوله الى ذلك متعلق بقوله ادعى وأشار بقوله ذلك الى البقاء والمعنى والحاجة الى البقاء ادعى الخ



(في غير سبب تقديرا) كما أنزلنا الميت حيا في حق بقاء الحركة على حكم ملكه فيما إذا كان على الميت دين مستغرق عليه وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث (أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت) فان قيل يلزم تقدم المشروط على الشرط أجاب المصنف بقوله (و يكون أداء خله كادائه) فلا يلزم ذلك ولا يتوهم أن العتق يتقدم على الاداء بل بقدر الاداء قبل العتق ولم يتعرض بأن المكاتب ليس بعقود عليه لما تقدم أن العقود عليه هو سلاسة مالكية اليد (٣٧٤)

فإنزل حيا تقديرا أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون أداء خله كادائه وكل ذلك ممكن على ما عرفتم في الخلافات

يطلب بموت العقود عليه وهو المكاتب دون العاقد ووجه ذلك أن الموجب لبقاء العقد بعد موت العاقد ههنا انما هو الحاجة والحاجة الى ذلك بعد موت المكاتب ادعى من حيث المفتضى والمانع الخ (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن قول المصنف هذا انما هو لمجرد المباحة في تحقق الجامع المذكور في جانب المقيس وهو موت المكاتب من المتعاقدين ولا وجه لتجوز كونه جوا باعيا قال من طرف الخصم ليس موت المكاتب بموت العاقد لان العقد يبطل بموت العقود عليه وهو المكاتب دون العاقد لان الجواب عنه انما يتصور بغير كون المكاتب نفسه معقودا عليه وبيان العقود عليه انما هو سلاسة مالكية البدل كما صرحوا به والمصنف لم يتعرض في كلامه هذا للمع ذلة قط ولالبيان ان المعقود عليه ما ذافلا محال لان يكون كلامه هذا جازا باعنا ذلك السؤال لان بطلان العقد به سلاسة المعقود عليه أمر يجمع عليه لا يتحمل جوازه بكون الحاجة ادعى الى بقاءه بعد ان هلك المعقود عليه فلا تنفذ المقدمات المذكورة ههنا شيئا في دفع ذلك السؤال أصلا ثم ان بعض الفضلاء قدح فيما جوزه صاحب العناية من كون كلام المصنف هذا جوا باعيا كدعوى كونه آخر حيث قال لا يخلو عن بعد بقوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذلك بموت الآخر فله صريح في عدم كون المكاتب معقودا عليه اللهم الا أن يحمل على الكلام التزلي انتهى (أقول) ليس هذا تمام لان كون قوله لا يبطل بموت أحد المتعاقدين فكذلك بموت الآخر صريحا في عدم كون المكاتب معقودا عليه ممنوع لاحتمال أن يكون المكاتب مع كونه أحد المتعاقدين معقودا عليه أيضا لوقوع العقد على نفسه الا يرى الى قولهم في تصوير مسألة كتابة العبد عن نفسه وعن عبده آخر لمؤاخذة غائب بأن يقول العبد كاتبني بألف درهم على نفسي وعلى فلان الغائب ولئن سلم كونه صريحا في ذلك فعدم كون المكاتب معقودا عليه عندنا لا يستدعي عدم كونه كذلك عند الخلف أيضا والحوال المذكور انما يتوجه من قبل الخصم فلوقصد المصنف بقوله بل في الجواب عنه لم يكن منافيا لقوله السابق بل يكون مقررا له فلا احتياج الى التزلي بل لا معنى له يظهر ذلك كما بالنامل الصادق (قوله فيتنزل حيا تقديرا أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت ويكون أداء خله كادائه) هذا الإشارة الى الجواب عما ذكره الخصم من التزديد بوجهين ذهب الى كل واحد منهما ما جماعه من أحبابنا أحدهما انه يعتق بعد الموت بأن ينزل حيا تقديرا كما أنزلنا الميت حيا في حق بقاء الحركة على ملكه فيما إذا كان عليه دين مستغرق وفي حق التجهيز والتكفين وتنفيذ الوصايا في الثلث وكما قدرنا في حيا وما سلكناه متقا في فصل موت المولى وثانيه ما انه يعتق في آخر جزء من أجزاء حياته بأن تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت يجعل أداء خله كادائه بنفسه هذا زبدة ما شروح هذا الكتاب وغيره في هذا المقام ثم أقول من الغائب ههنا أن صاحب الاصلاح والايضاح بدل كلمة أو تستند الحرية بكلمة الواو فقال في شرحه في اثنا عشر تعليلا

قال المصنف (أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت) أقول فان قيل من أين يخرج الجواب عن قول الشافعي الشيء ثبت ثم يسهل قلنا الاداء ثابت في الحال فان أداء خله كادائه فيستند الى ما قبل الموت وثبت الحرية ليس بطريق الاستناد فهذا جواب باختصار الشق الثاني من التزديد واطرافه السبب الى الاداء بيانية أو نقول المراد من استناد سبب الاداء استناد سببية عقد الكتابة لان نفسه اذ هو موجود قبله لكنه ليس بسبب فان التعليقات ليست أسبابا عندنا في الحال بل عند وجود الشرط فاذن أسند الاداء الى ما قبل الموت فتأمل مراجعنا الى شرح الاتفاقى ثم اعلم أن الاستناد أن يثبت الحكم في الزمان المتأخر ويرجع القهقري حتى يحكم بثبوته في الزمان المتقدم كدافي التوضيح في فصل المأموره فوعان (قوله أو تستند الحرية باستناد سبب الاداء

وهو عقد الكتابة الى ما قبل الموت) أقول ثبوت عقد الكتابة قبل الموت ليس بطريق الاستناد وهو ظاهر أعني والحق أن تجعل إضافة السبب الى الاداء بيانية وقوله ويكون أداء خله كادائه الخ دفعنا لما يقال انه لم يوجد من المكاتب الاداء بعد الممات (قوله ولم يتعرض بأن المكاتب ليس بعقود عليه) أقول ولعله انما لم يتعرض له لان سلاسة مالكية السيدات بقوته اذ لا مالكية لميت فلا فائدة في التعرض أوجهه باقيا كما مشركا كما لا يخفى والجواب أنها آتية بالعقد والتفصيل في النهاية

قال (وان لم يترك وفاء وترك ولد المولود في الكتابة يسمى في كتابة آبيه على نجوده ان كان مفلسا بالاتفاق لدخوله في كتابته فكان كسبه كسبه فخالقه في الاداء كالترك وفاء) وأما الولد المشتري فكالمولود في الكتابة عنده، او قال أبو حنيفة رحمه الله قيل له اما ان تؤدى لكتابة حالة الرزقة فيهما عذرا المولى ( ) بجماع أي كتاب عليه تبعه والله ولهذا

قال (وان لم يترك وفاء وترك المولى في الكتابة يسمى في كتابة آبيه على نجومه) فماذا أدى حكمنا بتقريبه قبل موته (وعتق لولد) ن الولد داخل في كتابته تركسبه كسبه فخالقه في الاداء وصار كما اذا ترك وفاء ( وان ترك وندما يشتري في الكتابة قيل له اما ان تؤدى لكتابة حالة أو ترد ريقا ) وهذا عند أبي حنيفة وأما سندهما يؤديه الى أجله اعتبر بالولد المولود في الكتابة والجامع أنه يكتسب عليه تبعه والله هذا على المولى اعتناقه بخلاف سائر كسبه ولا يبي حنيفة وهو الفرق بين الفصليين أن الاجل ثبت شرط في العقد فثبت في حق من دخل تحت امته والمشتري لم يدخل فيه لم يضاف اليه العقد ولا يسرى حكمه اليه لافصاله بخلاف المولى في الكتابة لانه متصل وقت الكتابة فيسرى الحكم اليه وحيث دخل في حكمه سمي في نجومه ( فان اشترى ابنه ثم مات وترك وفاء ورثه ابنه ) لانه لما حكم بحريته في آخر جزء من أجزاء حياته يحكم بحرية آبيه فيه ذلك الوقت لانه تبع لآبيه في الكتابة فيكون هذا حريته عن حر ( وكذلك ان كان هو وابنه مكاتبين كتابة واحدة ) لان الاولان كان صغيرا فهو تبع لآبيه وان كان كبيرا جعل كشخص واحد فاذا حكم بحرية الاب يحكم بحريته في تلك الحالة على ما مر قال ( وان مات المكاتب وله ولد من حرة وترك دينه وفاء بكتابة آبيه فجنى الولد ففضى به على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز المكاتب )

أتمنى في هذه المسئلة فينزل حياته تقدير او تدمر بالحرية باستناد سبب الاداء الى ما قبل الموت وقال في حاشيته على قوله وتسندها الحرية هذا من تمام التعليل فن قال أو تسند فقد أخطأ انتهى وقصر القائل في حاشية صغرى بصاحب الهداية ولا يخفى على اناظر في شروح الهداية وغيرهما من الكتب المبسوطة أن الخطي هو هذا الخطي فان المقصود من كلمة أو هو الاشارة الى المسكين المحتاجين المستقلين في اثبات قول أتمنى في ثلثنا هذه فعلى التعبير أن تذكر كلمة أو دون كلمة أو أو ولعل منشأ غلط ذلك الخطي الخطي أنه زعم أن قول صاحب الهداية أو تسند الحرية الخ معطوف على أول التعليل وهو قوله ولنا أنه عقد معارضة فخطأ بانه من تمام التعليل المذكور فكيف يعطف عليه بكلمة أو ولارب أنه معطوف على قوله فينزل حياته تقدير أو أنه لا يحد في تمام التعليل بأحد الأمرين بل فيه تربية الفائدة بتوسيع الدائرة ( قوله ولا يسرى حكم اليه لافصاله ) قال بعض الفضلاء فيه بحث انتهى ( أقول ) الظاهر أن مراده بالبحث أنه لو لم يسر حكمه عقد الكتابة اليه لما دخل في كتابة آبيه وقد مر في أول فصل من باب ما يجوز للمكاتب أن يفتله نه اذا اشترى المكاتب أبوه أو ابنه دخل في كتابته وأيضا لو لم يسر حكمه اليه لما عتق عند بادء بدل الكتابة حالا لكنه ساقط بوجهيه أما سقوط وجهه لاول فسلان دخول الولد المشتري في كتابة آبيه ليس اسرية حكم عقد الكتابة الذي جرى بين المكاتب ومولاه اليه بل يجعل المكاتب مكاتب الولد باشتراؤه اياه تحقيقا لمصلحة زوال المكان كما أن الخراذ اشترى ولده بصير معتقا بالاشتراء وأما سقوط وجهه الثاني فلا عتق لولد المشتري عنده بأبدل الكتابة حالا ليس لاجل السرية ايضا بل لصيرورة المكاتب اذ ذاك بمنزلة من مات عن وفاء وقد أفصح عنه صاحب الكافي حيث قال وكان ينفذ غير ذبا عيره بموتة افوات المتبوع وان كان اذا جعل له ركا نه مات عن ذرأته انتهى فلهذا قوله وان مات المكاتب ركا ولا ينفذ حرجا ( فان صاحب العناية مات المكاتب وله ولد من حرة الخ )

ذكر هذه المسئلة والتي بعدها البيان الفرق بينهما ما وصورتها مكاتب مات وله ولد حر من امرأة حرة وترك ديناً على الناس وفاء بمكاتبه  
فالكتاب باقية وولاء الولد إلى الام أم بقاء الكتابة فماله من المال المستقر لان الدين باعتبار ما له مال ولكن لا يحكم بعقده حتى  
يؤدي البذل وانما قيد بالدين لانه لو ترك عينا لم يأت القضاء بالالحاق بالامكان الوفاء في الحال وأما ان الولاء إلى الام فلا نه لمالم  
يحكم بعقده لم يظفر بالولد ولا في نسب أبه فان جنى هذا الرذيلة جناية وقضى به أي وجب الحماية على عاقلة الام لم يكن ذلك قضاء بعجز  
المكاتب وفسخ الكتابة لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر رشيلاً لا يسهله أما أنه يقرر حكم الكتابة فلا ان الكتابة تستلزم  
الحاق الولد بوالى الام وإيجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيجبر ولاعنه إلى مواليه لان الولاء كالنسب والنسب  
انما ثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما إذا كذب الملا عن نفسه عاد النسب اليه فكذلك  
الولاء فكان إيجاب العقل من لوازمها وثبوت اللازم يقر بثبوت ملزومه وأما أن كل ما يقرر رشيلاً لا يبطله فلا يبيد على موضوعه بالنقض  
(قوله وان اختصم موالى الام الخ) (٣٧٦) هو المسئلة الثانية وصورتها مات هذا الولد بعد الاب واختصم موالى الاب وموالى الام

لان هذا القضا يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بوالى الام وإيجاب العقل عليهم لكن  
على وجه يحتمل أن يعتق فيجبر الولاء إلى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزاً (وان  
اختصم موالى الام وموالى الاب في ولائه فقضى به موالى الام فهو قضاء بالعجز) لان هذا اختلاف  
في الولاء مقصودا وذلك يتسنى على بقاء الكتابة وانتفاضها فانها اذا فسخت مات عبدا واستقر الولاء على  
موالى الام واذا بقيت واتصل بها الاداء مات حراً وانتقل الولاء إلى موالى الاب وهذا فصل مجتهد فيه فينفذ  
ما بلاقيه من القضاء فلهذا كان تعجيزاً

فقال موالى الام مات رقياً  
والولاء لمات موالى الاب  
مات حراً والولاء لنافضى  
بولائه لموالى الام فهو قضاء  
بالعجز وفسخ الكتابة لان  
هذا الاختلاف اختلاف  
في الولاء مقصودا وهو واضح  
وذلك ينبى على بقاء الكتابة  
وانتفاضها فانها اذا فسخت  
مات عبدا واستقر الولاء على  
موالى الام واذا بقيت واتصل  
بها الاداء مات حراً وانتقل  
الولاء إلى موالى الاب وهذا  
أي بقاء الكتابة وانتفاضها  
فصل مجتهد فيه كما مر فينفذ  
ما بلاقيه من القضاء واذا  
كان القضاء بالولاء نافذا  
انفسخ الكتابة لانتفاء  
لازمها وهو احتمال جبر الولاء  
لما تقدم في المسئلة الاولى  
ان ذلك جزء لازم والشئ

ذكر هذه المسئلة والتي بعدها البيان الفرق بينهما انتهى (أقول) هذا كلام لا حاصل له لان الفرق متحقق  
بين كل مسلتين والام تكونان مسلتين بل صارتا مسئلة واحدة فكل مسلتين اذا ذكرتا يعرف الفرق  
بينهما فما وجه تخصيص عليه بيان الفرق بذ كرهاتين المسلتين فان قيل الفرق بين هاتين المسلتين  
خفى فكان بيانه أهم فيهما ولهذا خص عليه بذ كرههما قلنا خفاء الفرق أيضا متحقق في كثير من  
المسلتين كما لا يخفى فلم يتم وجه التخصيص وأيضا لو كان ذكرهما المحرر بيان الفرق بينهما لما استحققت  
واحدة منهما ما لذ كره منفردة عن الاخرى ولا شك أن كل واحدة منهما مسئلة مهمة بنفسها مقصودة  
بالذكر والبيان على أن الفرق بين مفهومى هاتين المسلتين ظاهر غنى عن البيان وانما المحتاج إلى  
البيان هو الفرق بين علمت ما وبيان الفرق بين علمت ما وانما وقع في الهداية وهاتان المسلتان أنفسهما  
مذكورتان في البداية أيضا بدون بيان العلة فلم يكن ذكرهما البيان الفرق بينهما مما بل كان لبيان  
حكمهما في أنفسهما وبفهم الفرق بينهما مامن حيث الحكم كافي سائر المسائل (قوله لان هذا  
القضاء يقرر حكم الكتابة لان من قضيتها الحاق الولد بوالى الام وإيجاب العقل عليهم على وجه يحتمل  
أن يعتق فيجبر الولاء إلى موالى الاب والقضاء بما يقرر حكمه لا يكون تعجيزاً) قال صاحب العناية في حل  
هذا الحل لان هذا القضاء يقرر حكم الكتابة وكل ما يقرر رشيلاً لا يبطله أما أنه يقرر حكم الكتابة فلا ان

ينتفى بانتفاء جبرته قيل فسخ الكتابة مبنى على نفوذ القضاء ولزومه وذلك لصيانة القضاء عن البطالان وفي  
صيانته بطلان ما يجب رعايته وهو الكتابة رعاية لحق المكاتب وليس أحد البطالين أرجح وأجب بأن صيانة القضاء أولى لانه  
اذا لاقى فصلا مجتهدا فيه فذبالاجماع وصيانة ما وجع عليه أولى من صيانة كتابة اختلقت الصحابة في نفاذها

(قوله ذكر هذه المسئلة والتي بعدها) أقول وهي قوله وان اختصم موالى الام (قوله لانه لو ترك عينا لم يأت القضاء) أقول أى على مذهبنا  
(قوله مات رقياً قالى قوله مات حراً والولاء لنافضى بولائه) قول الضمير المستتر في مات رقياً والولاء المستتر في مات حراً راجعان إلى الاب والضمير  
في قوله بولائه راجع إلى الولد قال المصنف (لان هذا اختلاف في الولاء مقصودا الخ) أقول لا يخفى عليك أن مقصود كل واحد من تبيينك  
الطائفتين قرار الولاء عليه فاختصاصهم بالحقيقة فيه فلا بد أن يقال بقصو الولاء إلى الام على تقدير بقاء الكتابة قبل اتصال الاداء فلا  
يستقيم قوله وذلك يبنى (قوله لانتفاء لازمه او هو احتمال الخ) أقول ههنا مسأحة حيث لا يطابق تعليله للعلل ظاهراً فانه جعل احتمال  
جبر الولاء لازماً في المدعى وجزءاً لازماً في الدليل وتوجيه غير خفى كما لا يخفى (قوله رعاية لحق المكاتب) أقول ناظر إلى قوله ما يجب رعايته

قال (وما أدى المكاتب من الصدقات الى مولاه الخ) اذا كان (٢٧٧) المكاتب اخذ من الزكوات شيئا وعجز

فاما ان عجز بعد أدائه الى المولى أو قبله فان كان الاول فهو طيب للمولى بالاجماع لان سبب الملك فيه قد تبدل لان العبد يملكه صدقة والمولى يملكه عوضا عن العتق وتبديل السبب كتبدل العين أصل ذلك حديث بريرة رضي الله عنها فيما أهدت اليه صلى الله عليه وسلم وهي مكتوبة حيث قال صلى الله عليه وسلم هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا أباح الفقير ما أخذ من الزكاة لغنى أو هاشمي فانه لا يطيب له ما لان المباح له يتناوله على ملك المبيع فلم يتبدل سبب الملك وتظهره المشتري شراء فاسدا اذا أباح لغيره لا يطيب له ولولم يملكه طاب له وان كان الثاني فكذلك الجواب على الصحيح وهذا عند محمد رحمه الله ظاهر لانه بالعجز يتبدل الملك فان عنده ان المكاتب اذا عجز ملك المولى أ كسابه ملكا مبتدأ ولهذا أوجب نقض الاجارة في المكاتب اذا أجزأ منه فطرأ ثم عجز وكذا عند أبي يوسف رحمه الله وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنه فانه للمولى نوع ملك في أ كسابه وبالعجز بنا كذلك الحق وبصير

قال (وما أدى المكاتب من الصدقات الى مولاه الخ) فان العبد يملكه صدقة والمولى عوضا عن العتق واليه وقعت الاشارة النبوية في حديث بريرة رضي الله عنها هي لها صدقة ولنا هدية وهذا بخلاف ما اذا أباح للغنى والهاشمي لان المباح له يتناوله على ملك المبيع وتظهره المشتري شراء فاسدا اذا أباح لغيره لا يطيب له ولولم يملكه بطيب ولو عجز قبل الاداء الى المولى فكذلك الجواب وهذا عند محمد ظاهر لان بالعجز يتبدل الملك عنده وكذا عند أبي يوسف وان كان بالعجز يتقرر ملك المولى عنده

الكتابة تسلم لمطابق الولد على الام واجاب العقل عليهم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيعجز ولا يابنه الى مواليه لان الولاء كالنسب والتسبب انما يثبت من قوم الام عند تعذر اثباته من الاب حتى لو ارتفع المانع من اثباته منه كما اذا كذب المكاتب الملاء عن نفسه عاد السبب اليه فكذلك الولاء فكان يجب العقل من لوازمها وثبوت اللازم بقرينة مزمومة وأما أن كل ما يقرر شيئا لا يبطله فلهذا يعود على موضوعه بالنقض انتهى كلامه (أقول) في تقريره نوع اشكال على طريقة أهل المعقول فان قوله ثبوت اللازم بقرينة مزمومة ممنوع اذ لا يلزم من ثبوت اللازم ثبوت المزموم لانه وان يكون اللازم أعظم من المزموم ولا شك أن تحقق العام لا يستلزم تحقق الخاص والظاهر فيما نحن فيه عموم اللازم لان يجب العقل على موالى الام بتحقيق في صورة أن يقضى بعجز المكاتب كما يتحقق في صورة أن يبقى على كتابته فلا يتم التقريب \* ثم أقول يمكن دفعه بأن اللازم ههنا ليس مطلقا يجب العقل على موالى الام بل يجب عليه علم على وجه يحتمل أن يعتق المكاتب فيعجز ولا يابنه الى مواليه واجب عليه علم على ذلك الوجه لازم مساو لصورة ابقاء الكتابة اذ في صورة القضاء بالعجز ينتفى هذا اللازم بانتفاء ميرته وهو احتمال جبر الولاء كما صرح به في المسئلة الثانية ولكن بقي ههنا شيء وهو ان المانع أن يمنع ثبوت هذا اللازم المقسد فيما نحن فيه لان ثبوته فيه يتوقف على أن لا يكون القضاء بموجب جنسية الولد على عاقلة الام قضاء بعجز المكاتب وهو أول المسئلة فلا يخالف التعليل المذكور عن نوع المصادرة فتأمل (قوله وما أدى المكاتب من الصدقات الى مولاه ثم عجز فهو طيب للمولى لتبديل الملك) و تبدل الملك بمنزلة تبدل العين في الشريعة كذا في الكافي وعامة الشروح فان قيل ان ملك الرقبة كان للمولى فكيف يتحقق تبدل الملك قلنا ملك الرقبة للمولى كان مغسوبا في قباله ملك السيد للمكاتب حتى كان للمكاتب أن يمنع المولى عن التصرف في ملكه ولم يكن للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف في ملكه ثم بالعجز يعكس الامر وليس هذا الا بتبديل الملك للمولى كذا قال جمهور الشراح واعترض صاحب العناية على هذا الجواب حيث قال بسد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لانا نسلم أن ذلك تبدل ولئن كان فلا نسلم ان مثله بمنزلة تبدل العين اه وقصد الشراح العيني دفع ذلك فقال قلت أول كلامه منع مجرد والثاني دعوى بلا برهان اه (أقول) ليس هذا بشيء فان المنع المجرد والمنع مع السند كلاهما من دأب المناظرين غاية الامر أن الثاني أقوى من الاول فلا يفسد قوله أول كلامه منع مجرد وأما قوله والثاني دعوى بلا برهان ففاسد اذ لا دعوى له في الثاني بل هو أيضا من محض كاتري فلا يلزمه البرهان والصواب في دفع ذلك أن يقال ان منع التبديل كإبرة اذ لا شك ان الانعكاس يقتضي التبديل بل هو عين التبديل وان منع كون مثل هذا التبديل بمنزلة تبدل العين ساقط لان كونه بمنزلة تبدل العين انما هو في حكم الشرع دون الحقيقة وكونه بمنزلة ذلك في حكم الشرع منصوص عليه من قبل أهل الشرع ولا مجال لمنعه ثم قال صاحب العناية وله لى الاولى أن يقال المولى لم يكن له ملك يد قبيل العجز وحصل به فكان تبديلا اه ورد عليه الشراح العيني بأن ان لم يكن له ملك يد فله ملك رقبة (أقول)

المكاتب فيما مضى كالعبد المأذون ولهذا اذا أجزأ المكاتب أمته فطرأ ثم عجز لا يوجب فسخ الاجارة



لان الخبث ليس في نفس الصدقة والامساك بها أصلا وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلا لابه وذلك لا يجوز للغني بلا حاجة ولا  
 الهاشمي لزيادة حرمة والاخذ لم يوجد من المولى فصار كمن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في أيديهم ما أخذ من  
 الصدقة فانه يطيب لهم او على هذا اذا اعتق المكاتب واستغنى يطيب له ما بقي في يده من الصدقة وانما قيل على الصحيح لان بعض المشايخ  
 قد راى قول أبي يوسف رحمه الله يطيب لان المكاتب عنده لا يملك المولى كسبا ملكا مائة. ابل كن له نوع ملك في كسبه وبالعجز  
 يتا بذلك كذا كذا نفا وهو ناسوا لمشكل وهو أن ملك لرقبة كان المولى فأن يتحقق تبديلا لك وأوجب بان ملك الرقبة للمولى كان  
 مغلوبا في مقابلة ملك اليد للمكاتب (٢٧٨) فان للمكاتب أن يمنع المولى من التصرف في ملكه وليس للمولى أن يمنع المكاتب عن التصرف

في ملكه وبالعجز ينعكس ذلك  
 وليس ذلك الابتديل الملك  
 للمولى وفيه نظر لانا لنسلم ان  
 ذلك تبديل وان كان فلان سلم  
 ان مثله بمنزلة تبديل العين والعين  
 الاولى أن يقال المولى لم يكن  
 له ملك يد قبل العجز وحصل به  
 فكان تبديلا قال (واذا جنى  
 العبد فكتابه مولا الخ) اذا  
 جنى العبد فكتابه مولا  
 ولم يعلم بالجناية لم يجعل  
 مختارا للفداء ويجب عليه  
 قيمته أما الاول فاذم عمله  
 بالجناية وأما الثاني فلان  
 الدفع قد نذر بفعله وهو  
 الكتابة كالأبواب وهو لا يعلم  
 بالجناية فان عجز خير المولى  
 بين الدفع والاداء والفداء لانه  
 هذا أي أحد هذين الأمرين  
 من جيب جناية العبد في الاصل  
 والمنوجب الاصل لا يترك الا  
 بمنع فان الاصل عبارة عن  
 حادثة مستمرة لا تتغير بالأمور  
 ضرورية والمانع عنه حال  
 الكتابة قائم أما عن الفداء

لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ لكونه اذلا لابه ولا يجوز ذلك للغني من غير  
 حاجة وللهاشمي لزيادة حرمة والاخذ لم يوجد من المولى فصار كمن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير  
 اذا استغنى وقد بقي في أيديهم ما أخذ من الصدقة فانه يطيب لهم او على هذا اذا اعتق المكاتب  
 واستغنى يطيب له ما بقي من الصدقة في يده قال (واذا جنى العبد فكتابه مولا ولم يعلم بالجناية ثم عجز فانه  
 يدفع اذ ينفى) لان هذا موجب جناية العبد في الاصل ولم يكن عالما بالجناية عند الكتابة حتى يصير  
 مختارا للفداء الا ان الكتابة ما نفعه من الدفع فاذا زال عاد الحكم الاصل

هذا أيضا كلام لغو اذا ان يكون له ملك رقبته قبل العجز لا ينافي تحقيق التبديل بالنظر الى ملك اليد وهو  
 كاف في كون ما أدى الى المكاتب من الصدقات طيبا للمولى كما صرحوا به والصواب في الرد عليه ههنا  
 أن يقال هذا الذي ذكره في المال عين الجواب الذي اختاره جمهور الشراح وأوردوه والنظر عليه مع  
 ما في ذلك الجواب من المزية وهي الإشارة الى وجه اعتبارهم تبديل ملك اليد دون بقائه ملك الرقبته بأن  
 ملك الرقبته مغلوب في مقابلة ملك اليد فكان اعتبار حال الغالب وهي التبديل أولى من اعتبار حال  
 المغلوب وهي البقاء فلا وجه ليراد النظر على ذلك الجواب وذكره من عند نفسه وادعاء انه أولى من ذلك  
 (قوله لانه لا خبث في نفس الصدقة وانما الخبث في فعل الاخذ في قوله والاخذ لم يوجد من المولى) قال  
 بعض الفضلاء فعلى هذا لو أباح الفقير للغني أو الهاشمي ينبغي أن يطيب له ما عنده اذ لا أخذ منهما  
 كما لا يخفى اه (أقول) ان لم يوجد منهما الاخذ من يد المتصدق فقد وجد منهما الاخذ من يد الفقير  
 حيث تناولا ما كان في يده وملكه فقد تمتع في حقهما ههنا سبب الخبث اذ لا فرق في ارباب الخبث  
 بين أخذ من واحد وأخذ من آخر اذا وجد الاذلال بالاخذ بخلاف المولى فيما نحن فيه فانه لم يوجد منه  
 الاخذ لانه لم يمتدح وهو ظاهر ولما من يد العبد فان كسبه ملك مولا عند أبي يوسف وبالعجز  
 لا يتبدل الملك فلا يوجد منه الاخذ بل يبقى ملكه في يده على حاله كما يرشد اليه تشبيهه بان السبيل اذا  
 وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى وقد بقي في أيديهم ما أخذ من الصدقة فان قلت لا شك انه كان  
 للمكاتب ملك اليد قبل العجز بالاتفاق ولهذا كان له منع المولى عن التصرف فيما في يده وبالعجز انتقل  
 ذلك منه الى المولى فوجد من المولى الاخذ من يد العبد بهذا الاعتبار قلت ذلك الاتصال ضروري  
 والاخذ فعل اختياري فلا يعد ذلك أخذًا ولو سلم أن يعد ذلك أخذًا فاللزم فيما نحن فيه عند أبي يوسف

فلما امر من عدم العلم وأما عن الدفع فاعتذره بالكتابة فأما اذا عجز فقد زال المانع واذا زال المانع عاد الحكم الاصل اخذ

قال المصنف ( ولا يجوز ذلك للغني من غير حاجة وللهاشمي لزيادة حرمة ) أقول فعلى هذا لو أباح الفقير للغني أو الهاشمي ينبغي أن يطيب  
 له ما عنده اذ لا أخذ منهما كما لا يخفى (قوله لان الخبث ليس في نفس الصدقة) أقول لتعليل لقوله وكذا عند أبي يوسف (قوله وفيه  
 نظر لانا لنسلم ان ذلك الخ) أقول وأنت خير بأن تبديل ملك اليد لا يقبل المانع وكون مثله بمنزلة تبديل العين أيضا كذلك فان ذلك يجعله  
 حلالا لطيبا للمولى وهم يجعلونه حلالا بدون هذا التبديل كما في ابن السبيل اذا وصل الى وطنه والفقير اذا استغنى فبمثل أولي (قوله ولعل  
 الاولى أن يقال الخ) أقول ان أراد أنه لم يكن له ملك أصلا فهو لا يوافق المذهب وان أراد أنه لم يكن له ملك تام يكون عين الجواب المنظور  
 فيه فليتام (قوله اذا جنى العبد فكتابه مولا ولم يعلم بالجناية لم يجعل مختارا للفداء) يجب عليه قيمته (أقول أي اذا كان قيمته أقل من  
 أرض الجناية والا فالواجب عليه الأقل من قيمته ومن أرض الجناية ثم اعلم ان الضمير في قوله عليه راجع الى المولى

وكذلك أي وكما مر من عود الحكم الأصلي إذا جنى المكاتب ولم يقض به أي بموجب الجناية حتى يحجز لما ينشأ من زوال المانع وان قضى به أي بموجب الجناية علمه أي على المكاتب في كتابته ثم يحجز فهو أي ما قضى به من موجب ما دس في ذمته ببيع فيه واعلم ان المكاتب إذا جنى جناية خطأ فانه يسعى في الأقل من قيمته ومن أُرش الجناية لانه يدفعه متعذراً بسبب الكتابة وهو أحق بكسبه وموجب الجناية عند تعذر الدفع على من يكون الكسبه والواجب هو الأقل من القيمة ومن أُرش الجناية لا ترى ان في جناية المدير وأم الولد يجب على المولى الأقل من قيمته ما ومن أُرش الجناية لانه أحق بكسبه ما هكذا ذكره الكرخي رحمه الله وغيره وإذا علمت هذا ظهر لك أن الحق قد انتقل بالقضاء من الموجب الأصلي وهو دفع الرقبة الى القيمة قبل زوال المانع فإذا زال لم يعد الحكم الأصلي صيانة للقضاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وقد رجح إليه أبو يوسف رحمه الله آخره وكان يقول أولاً ببيع فيه وان يحجز قبل انقضاء الآن يقضى المولى عنه وهو قول زفر رحمه الله لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فالجناية عند ما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدير وأم الولد وقوله من الرقبة الى القيمة وقوله انعقدت موجبة للقيمة يشير الى أن الواجب هو القيمة لا الأقل منها ومن أُرش الجناية وهو مخالف لما ذكرنا من رواية الكرخي والمسوط وعلى هذا يكون تأويل كلامه إذا كانت القيمة أقل من أُرش الجناية ولنا القول بالموجب وهو أناسلنا أن المانع من الدفع قائم ولكن (٢٧٩) الكلام في أنه قابل للزوال أولاً ولاشك في قبوله لا مكان

انفساخ الكتابة وعدم ثبوت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لان مذهب زفر رحمه الله أن جناية المكاتب نصير ما في الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فما وجه أخذه في الدليل قلنا ظهوره فان التردد في زوال المانع يمنع الانتقال لا مكان عود الموجب الأصلي فصار كالعبد المبيع اذا أتى قبل القبض فانه يتوقف

(وكذلك إذا جنى المكاتب ولم يقض به حتى يحجز) لما بينا من زوال المانع (وان قضى به عليه في كتابته ثم يحجز فهو دين ببيع فيه) لانتقال الحق من الرقبة الى قيمته بالقضاء وهذا قول أبي حنيفة ومحمد وقد رجح أبو يوسف اليه وكان يقول أولاً ببيع فيه وان يحجز قبل القضاء وهو قول زفر لان المانع من الدفع وهو الكتابة قائم وقت الجناية فكما وقعت انعقدت موجبة للقيمة كما في جناية المدير وأم الولد ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا وصار كالعبد المبيع اذا أتى قبل القبض يتوقف القبض على الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده كذا هذا بخلاف التدبير والاستيلاء لانهما لا يقبلان الزوال بحال قال (واذا مات مولى المكاتب لم تنسخ الكتابة) كي لا يؤدي الى ابطال حق المكاتب اذا الكتابة بسبب الحرية وسبب حق المرفقة (وقيل له أذا مال الى وراثته المولى على نجومه) لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة ولا يتغير الا أن الورثة يخلفونه في الاستيفاء

أخذ المولى ملك نفسه من بعده والذي كان سبب الخبز انما هو اخذ ملك الغير من يده وهو يتحقق عند اباحة التدبير للغنى أو الهامشي فوضح الفرق بين ذلك وبين ما نحن فيه (قوله ولنا أن المانع قابل للزوال للتردد ولم يثبت الانتقال في الحال فيتوقف على القضاء أو الرضا) قال صاحب العناية فان قيل قوله ولم يثبت الانتقال في الحال متنازع فيه لان مذهب زفر رحمه الله ان جناية المكاتب نصير ما في الحال من غير توقف على الرضا أو القضاء فما وجه أخذه في الدليل قلنا ظهوره فان التردد في زوال المانع يمنع

الفسخ على القضاء لتردده واحتمال عوده بخلاف التدبير والاستيلاء لانهما لا يتبطلان لزوال بحال فكان الموجب في الابتداء هو القيمة قال (واذا مات مولى المكاتب لم تنسخ الكتابة) الكتابة حق المكاتب لان سبب حرية وحريته حق فله سبب حقه وسبب حق المرفقة لافضائه الى حصوله فالكتابة حقه فاذا مات المولى لم تنسخ كي لا يؤدي موته الى ابطال حق غيره وبالله المال الى ورثة المولى على نجومه أي مؤجل لانه استحق الحرية على هذا الوجه والسبب انعقد كذلك فيبقى بهذه الصفة من غير تغيير وهذا لان المولى لما كان صحيحاً صح تصرفه بتأجيل الكل كما قلناه بخلاف ما اذا كان مريضاً ركبته فالكاتب يؤدي ثلثي القيمة حالاً أو برز رقياً لانه لما كان مريضاً لم يصح تصرفه بتأجيل غير الثلث كسقاطه (قوله الآن لو رثته يخلفونه) استثناء من قوله ولا يتغير قيل وكأنه جواب عما يقال كيف لا يتغير سبب الحرية وقد كان له حق استيفاء البدل فصار لو رثته وهو تعير فقال قيامهم مقامه في الاستيفاء لا يسمى تغييراً في عقد الكتابة لانها باقية كما كانت فكأن سائر الديون يخلفونه فيه ولا يسمى ذلك تعيراً فكذلك دين الكتابة

(قوله وكذلك أي وكما مر من عود الحكم الأصلي) أقول والاولى أن نجعل الإشارة الى ما ذكر من المسئلة والتشبيه في عود الحكم الأصلي (قوله وهو دفع الرقبة الى القيمة الخ) أقول لا يخالف ما قال آنفاً ان الموجب الأصلي أحد الامرين لان أحد الامرين كان دفع الرقبة وقد ينقل منه الى القيمة ثم اعلم ان قوله الى القيمة متعلق بقوله وقد انتقل



بقوله صلى الله عليه وسلم  
الولاء لمن أعتق وانما كان  
ذلك صحيحا لانه لو عتق  
على الرجل قريبه بالولاية  
كان الولاء له ولا اعتناق  
فجعل العتق سببا أولى  
لعمومه والثاني ولاء مولاة  
وسببه العتق قد عني  
ما سئد كر (قوله ولهذا  
يقال ولاء العتاقة وولاء  
المولاة) بيان اسباب  
النوعين فان كلامهم ما  
يضاف الى شيء والاضافة  
تدل على السببية كما عرف  
في الاصول وقوله والمعنى  
فيه ما التناصر) بيان  
مفهومهما الشرعي (قوله  
وكانت العرب تتناصر  
بأشياء) بيان وجوه  
التناصر فيه ما فان العرب  
كانت تتناصر بهما  
وبالحلف والمناطة (و) قد  
(قرر النبي صلى الله عليه  
وسلم تناصرهم بالولاء  
بنوعيه فقال ان مولى  
القوم منهم وحليفهم  
منهم والمراد بالحليف مولى  
المولاة لانهم كانوا يؤثرون  
المولاة بالحلف)

وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالولاية كان الولاء له وولاء مولاة وسببه العتق  
ولهذا يقال ولاء العتاقة وولاء المولاة والحكم يضاف الى سببه والمعنى فيهما التناصر وكانت العرب  
تتناصر بأشياء وقرر النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه فقال ان مولى القوم منهم وحليفهم  
منهم والمراد بالحليف مولى المولاة لانهم كانوا يؤثرون المولاة بالحلف

وحصول الثاني بعد الاول من غير فصل وفي عرف الفقهاء عبارة عن تناصر يوجب الارث والعتق اه  
(أقول) فيه خلل لان الولاء المشتق من الولي الذي هو القرب لا يكون عبارة عن النصرة والمجبة بل  
يكون عبارة عن القرابة لان الاشتقاق أن مجديين اللذين تناسبا في اللفظ والمعنى ولا تناسب في المعنى  
بين الولي الذي معناه القرب وبين الولاء بمعنى النصرة والمجبة واعمال التناسب في اللفظ والمعنى بين الولي  
بمعنى القرب وبين الولاء بمعنى القرابة وعن هذا قال في الكافي والكفاية هو من الولي بمعنى القرب ويقال  
بينهما ولاءى قرابة ومنه قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لجة كل حمة النسب أى وصلة كوصلة النسب  
اه فالولاء الذي يكون عبارة عن النصرة والمجبة انما يشتق من الولاية بالفتح معنى النصرة وعن هذا  
قال في النهاية ومعراج الدراية بعد بيان كون الولاء في اللغة مشتقا من الولي بمعنى القرب وقيل الولاء  
والولاية بالفتح النصرة والمجبة لانه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء المولاة اه وقال في التبيين  
هو من الولي فهو قرابة حكمية حاصلة من العتق والمولاة ثم قال أومن المولاة وهى مفعلة من الولاية  
بالفتح وهو النصرة والمجبة لانه اختص في الشرع بولاء العتاقة وولاء المولاة اه فقد ظهر أنه قول  
صاحب العناية بالولاية في اللغة عبارة عن النصرة والمجبة وهو مشتق من الولي وهو القرب خلط بين  
المعنيين واخلاقا بمعنى البيان (قوله وسببه العتق على ملكه في الصحيح حتى لو عتق قريبه عليه بالولاية  
كان الولاء له) انما قيد بقوله في الصحيح احتراز عن قول أكثر أصحابنا فانهم يقولون سببه الاعتاق  
ويستدلون بقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق ولكنه ضعيف فان من ورث قريبه فعتق  
عليه كان ولاؤه له ولا اعتناق هناك فالصحيح أن سببه العتق على ملكه لا يرى أنه يقال ولاء العتاقة ولا يقال  
ولاء الاعتاق والحكم يضاف الى سببه وأما قوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق فالمراد أن الولاء له  
بسبب العتق لا بسبب الاعتاق فان في الاعتاق عتقا بدون العكس هذا زيادة ما في جملة الشروح ههنا  
وقال في البدائع أما بسبب ثبوته فالعتق سواء كان العتق حاصله بضعه وهو الاعتاق أو ما يجرى مجرى  
الاعتاق شرعا كشراء القريب وقبول الهبة والصدقة والوصية أو بغيره من أن ورث قريبه وسواء  
أعتقه تطوعا وعن واجب عليه كالاعتاق عن كفارة التل والظهار واليمين والذبح وسواء  
كان الاعتاق بغير بدل أو ببديل وهو الاعتاق على مال وسواء كان مجبرا أو معاقبا بشرط أو مضافا الى  
وقت وسواء كان نصريحا ويجرى مجرى الصريح أو كناية أو يجرى مجرى الكناية وكذا العتق  
الحاصل بالتدبير والاستيلاء والاصل فيه قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق من غير فصل الى هنا  
لفظ البدائع (أقول) كون الحديث المذكور أصلا في حق الصور المزبورة كلها محتمل نظر فان  
في صورة ان كان العتق حاصله بغيره من أن ورث قريبه لا يوجد الاعتاق فلا تندرج تحت قوله  
عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق فليتنامل في الدفع (قوله والمعنى فيهما التناصر) قال صاحب  
العناية قوله والمعنى فيهما التناصر بيان مفهومهما الشرعي اه (أقول) فيه بحث اذ ليس  
مفهومهما الشرعي مطلقا التناصر بل تناصر يوجب الارث والعتق كما صرح به الشارح المزبور  
وغيره وبهذا الخصوص يتميز مفهومهما الشرعي عن مفهومهما اللغوي كما عرفت فلو كان مراد  
المصنف بقوله المذكور بيان مفهومهما الشرعي لما أطلق التناصر بل خصه بمأهوه المعبر

(قوله استدلالا بقوله عليه  
الصلاة والسلام الخ) أقول  
ويجى جواب استدلالهم  
بعد سطور (قوله فجعل  
العتق سببا أولى لعمومه)  
أقول الا صواب تبديل  
الاولى بالصواب (قوله

بيان لسبب النوعين) أقول أى سببية سببهما



قال (واذا أعتق المولى بماله) (٣٨٣) إذا أعتق المولى بماله كان الولاء له لقوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق ووجه الاستدلال

قال (واذا أعتق المولى بماله) (٣٨٣) أقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق ولأن التناصير به في عقله وقد أحياء معنى بازالة الرق عنه في رثته وبصير الولاء كالولاد

في مفهومهما ما الشرعي على أنلو كان مراده بيان مفهومهما ما لغويا كان أو شرعيا فقال ومعهما التناصير دون أن يقول والمعنى فيهما التناصير كما لا يخفى على من له درية بأساليب الكلام والحق أن مراد المصنف بقوله المذكور بيان المقصود منهما لا بيان مفهومهما وعن هذا قال صاحب الكافي بدل قول المصنف والمعنى فيهما التناصير والمطلوب بكل واحد منهما ما التناصير كما قال في البسوط أيضا كذلك كما مر تدبر ترشد (قوله وإذا أعتق المولى بماله) أقوله عليه الصلاة والسلام الولاء لمن أعتق قال صاحب العناية وجه الاستدلال أن الحكم إذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم اه (أقول) لا يذهب عليك أن حل هذا المخل بهذا الوجه ليس بسديد إذ لا شك أن المطلوب به هذه المسئلة بيان من له الولاء لا بيان علة الولاء والوجه المذکور انما يفسد الثاني دون الاول فلا يتم التقريب والصواب أن وجه الاستدلال ههنا هو أن لام الجنس في قوله عليه الصلاة والسلام الولاء ولام الاختصاص في قوله لمن أعتق تدلان على أن جنس الرأى لمن أعتق دون غيره كما قالوا في قوله تعالى الحمد لله دل بلامى الجنس والاختصاص على اختصاص جنس المحامد بالله تعالى ثم قال صاحب العناية فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سبباً لأن أعتق مشتق من الاعتاق فالجواب أن الأصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق انتهى كلامه (أقول) في جوابه نظر لأن كونه مصدر الثلاثي أصلاً في الاشتقاق لا يستدعي كونه أصلاً في العلية لترتب الحكم على المشتق من المزيد عليه كما في ما نحن فيه فان كثيراً من مصادر المزيادات يصلح علة لما لا يصلح له مصادر الثلاثي ألا يرى أن الاعتاق مثلاً يكون علة للعتق ولا ريب أن العتق لا يكون علة لنفسه إلى غير ذلك من السور وهدار السؤال على العلية فلا يدفعه الجواب المزبور (قوله ولأن التناصير به في عقله وقد أحياء معنى بازالة الرق عنه في رثته وبصير الولاء كالولاد) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولأن التناصير به أى بسبب الاعتاق دليل على الأثرين الثابتين به وهو العقل والميراث وتقديره المولى ينتصر بماله بسبب العتق ومن ينتصر بشخص بعقله لأن الغنم بالغرم فحيث يغنم بنصره يغرم عقله والمولى أحياء معنى بازالة الرق عنه لأن الرقيق هالك حكماً لا يرى أنه لا يثبت في حقه كثيراً من الأحكام التي تعلقت بالأحياء نحو القضاء والشهادة والسعي إلى الجمعة والخروج إلى العيدين وأشباه ذلك وبالاعتاق تثبت هذه الأحكام في حقه فكان أحياء معنى ومن أحياء غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الإرث فكذلك الولاء اه كلامه (أقول) في أوائل تقريره الدليل خلل لأنه اعتبر الناصر في جانب المولى بمعنى المعتق بالفتح والانتصار في جانب المولى بمعنى المعتق بالكسر كما لا يخفى على من تأمل في بسط كلامه سيما في قوله في حيث يغنم بنصره يغرم عقله والظاهر أن الأمر بالعكس إذا المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر حيث ينال شرف الحرية بسبب اعتاق ذلك إياه فهو الغنم وأيضا قد استدلل على أن من ينتصر بشخص بعقله بأن الغنم بالغرم وليس بصحيح لأنه أن يرجع ضمير لفاعل المستتر في قوله إلى من ينتصر كما هو الظاهر من سرق كلامه لم يصح المدعى في نفسه ومع ذلك لا يطابقه الدليل المذكور أما عدم صحة المدعى في نفسه فلأن العاقل في الشرع هو الناصر لا المنتصر على ما تقرر في موضعه وأما عدم مطابقة الدليل المذكور إياه فلأن المدعى حينئذ وجوب العمل لذى هو الغرم بالانتصار الذي هو الغنم والدليل المذكور انما يفسد عكس ذلك فالدليل المطابق له عكس ما ذكر وهو الغرم بالغنم كما هو نظم الحديث الشريف على ما ذكر في كتب الحديث ومر في هذا

أن الحكم إذا ترتب على مشتق دل على أن المشتق منه علة لذلك الحكم فان قيل الاستدلال به على هذا الوجه يناقض جعل العتق سبباً لأن أعتق مشتق من الاعتاق فالجواب أن الأصل في الاشتقاق هو مصدر الثلاثي وهو العتق وقوله ولأن التناصير به أى بسبب الاعتاق دليل على الأثرين الثابتين به وهما العتق والميراث وتقديره المولى ينتصر بماله بسبب العتق ومن ينتصر بشخص بعقله لأن الغنم بالغرم فحيث يغنم بنصره يغرم عقله والمولى أحياء معنى بازالة الرق عنه لأن الرقيق هالك حكماً لا يرى أنه لا يثبت في حقه كثيراً من الأحكام التي تعلقت بالأحياء نحو القضاء والشهادة والسعي إلى الجمعة والخروج إلى العيدين وأشباه ذلك وبالاعتاق تثبت هذه الأحكام في حقه فكان أحياء معنى ومن أحياء غيره معنى ورثه كالوالد فيصير الولاء كالولاد والولاد يوجب الإرث فكذلك الولاء ولأنه ثبت أنه بعقله في رثته لأن الغنم بالغرم

(قوله ووجه الاستدلال أن الحكم إذا ترتب على مشتق) أقول وأنت خير بأن المراد من قوله وإذا أعتق الخ ليس بيان علة

أن لو لم يفتى بكون وجه الاستدلال ما ذكره (قوله فالجواب أن الأصل الخ) أقول فيه تأمل

فقوله (ولان الغنم بالغرم) بخدم الوجهين فلهذا آخره (قوله وكذا المرأة تعتق) (٢٨٣) يعني ان ولاء معتقها للمارويين من قوله

صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وقوله (ومات معتق لابنة جزة رضي الله عنهم) معطوف على قوله المارويين ما عسى ذكره استدلالا على ثبوت الولاء للمرأة (روي أن بنت جزة رضي الله عنها - ما أعتقت غلاما لها ثم مات المعتق وترك ابنته فجعل النبي صلى الله عليه وسلم المال

بينهم مانصفين ويستوي في ثبوت الولاء الاعتاق بمال وبغيره) والعق بقرابة أو كتابة عند الاداء أو تدبير أو استيلاء بعد الموت وسواء كان العتق حاصلا ابتداء أو بجهة الواجب ككفارة العيبين وما أشبهها (لاطلاق ما ذكرناه) يعني قوله صلى الله عليه وسلم الولاء لمن أعتق وما ذكره من المعنى المعقول (فان شرط أنه سائبة) أي يكون حرا ولا يمينه وبين معتقه (فالشرط باطل والولاء لمن أعتق لان الشرط مخالف للنص فلا يصح) قال (واذا أدى المالكات) أي المالكات (كلامه ظاهر لا يحتاج الى شرح وذكر مسألة جرا لولاء وبين مواضع الجرح غيره والاصل في ذلك ان العتق اذا وقع مقصودا على الولد لا ينتقل ولاؤه أبدا وان وقع تبعا لأمه ثم أعتق الأب جرو لأمه

ولان الغنم بالغرم وكذا المرأة تعتق لمارويين وامات معتق لابنة جزة رضي الله عنهم ما عتقها عن بنت فجعل النبي عليه الصلاة والسلام المال بينهما نصفين ويستوي فيه الاعاق بمال وبغيره لا مطلقا ما ذكرناه قال (فان شرط أنه سائبة فالشرط باطل والولاء لمن أعتق) لان الشرط مخالف للنص فلا يصح قال (واذا أدى المالكات) أي المالكات (ومات المولى) لان العتق عليه بما بشر من السبب وهو الكتابة وقد درناه في المكاتب (وكذا العبد الموصى بعته أو بشرائه وعته بعد موته) لان فعل الرضى بعد موته كفعله وان تركه على حكم ملكه (وان مات المولى عتق مديرويه وأمهات أولاده) لما بينا في العتاق (وولاؤه له) لانه أعتقه - بالتدبير والاستيلاء (ومن ملك ذارحم محرم منه عتق عليه) لما بينا في العتاق (وولاؤه له) لوجود السبب وهو العتق عليه (واذا تزوج عبد رجل أمة لا خرف أعتق مولى الأمة) لانه عتق على حامل من العبد عتق وعتق جملها وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبدا) لانه عتق على معتق الأم مقصودا اذ هو جزء منها يقبل الاعتاق مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عما روي

الكتاب أيضا في باب النفقة من كتاب الطلاق وان رجع ذلك الضمير الى شخص في قوله من ينتصر بشخص لم يصح الدليل المذكور أصلا لان الغنم هو المنتصر بشخص والغرم هو ذلك الشخص الناصر فلم يجتمع الغنم والغرم في شخص واحد حتى يصح الاستدلال بأن الغنم بالغرم اذ لا شأن ان غنم شخص لا يصير سببا للغرم شخص آخر ولا العكس \* ثم أقول الصواب ان مراد المصنف بقوله ولان الناصر به في عقله هو ان المعتق بالفتح ينتصر بنصر المعتق بالكسر بسبب اعتاقه اياه في عقله أي في عقل المعتق بالكسر المعتق بالفتح بناء على ان مدار العقل أن يكون ناصرا كما تقر في كتاب المعامل حيث صرحوا فيه بأن وجه ضم العاقلة الى الجاني في الدية دون غيرهم هو ان الجاني انما قصر القوة فيه وتلك بأنصاره وهم العاقلة فكافواهم المقصرين في تركهم مراقبته فخصوا بالضم اليه (قوله ولان الغنم بالغرم) قال صاحب العناية قوله ولان الغنم بالغرم بخدم الوجهين فلهذا آخره اه (أقول) يريد بالوجهين عقل والارث لكنه منظوف فيه أما أولا فلما بينا عليه فيما مر ان الغنم انما يملك على أن يعقل المعتق اعما هو كون الغرم بالغنم لا كون الغنم بالغرم والمذكور ههنا هو الثاني فكيف يخدم الوجه الاول وأما ثانيا فلا نه جعل قول المصنف فيما قبل ولان الناصر به في عقله مبنيا على كون الغنم بالغرم كما عرفت فكيف ينظم حينئذ واو العطف في قول المصنف ولان الغنم بالغرم بالنظر الى الوجه الاول والعطف يقتضي المغايرة بين المعطوف والمعطوف عليه على أوجهنا أقول المصنف ولان الغنم بالغرم دليل على الوجهين معا ل المعنى الى انه انما يعقله لانه يرثه وانما يرثه لانه يعقله فأدى الى الدور كما لا يخفى فالصواب عندي ان قول المصنف ولان الغنم بالغرم دليل على الوجه الثاني فقط وهو الارث معطوف بحسب المعنى على قوله وقد أحياه معنى بازالة الرق فكانه قال لانه أحياه معنى بازالة الرق عنه غيرته ولان الغنم بالغرم بحيث يغم عقله يرث ماله كما ان قوله فيما سياتي ومات معتق لابنة جزة رضي الله عنهم الخ معطوف على قوله لمارويين ما عني كما صرح به الشارح المزيور وغيره هناك ونظائر هذا أكثر من ان تحصى (قوله واذا تزوج عبد رجل أمة لا خرف أعتق مولى لامة الأمة وهي حامل من العبد عتقت وعتق جنهما وولاء الحمل لمولى الأم لا ينتقل عنه أبدا) هذا لفظ التدويري قال المصنف في تعليقه لانه عتق على معتق الأم مقصودا فلا ينتقل ولاؤه عنه عما روينا وقال الشراح انما صار الحمل معتق مقصودا لان المولى قصد اعتاق الأم والقصة اليها بالاعتاق قصد الى جميع أجزائها والحمل جزء منها فصار معتق مقصودا اه (أقول) يرى المخالفة بين ما ذكره ههنا وبين ما ذكره المصنف في كتاب العتاق

الى مواليه وعلى هذا اذا أعتق الرجل أمة وولدها عتقا وولاهم له فان أعتق الأب بعد ذلك لا يجبر ولاءه لانه لما كان منفصلا عن الأم كان مملوكا لكامل الأم والعق تناوله مقصودا فلا يبع أحدا

وإذا اعتقت الأم وهي حامل أو أعتقت وولدت بعد العتق لأقل من ستة أشهر أو ولدت أحد التوأمين لأقل من ستة أشهر بيوم : أعتق الأب رجل آخر وكذلك لا ينتقل الولاء إلى موالى الأب لأن المولى قصد اعتناق الأم والقصد اليها بالاعتناق قصد إلى جميع أجزائه والجل جزء منها فإن كان الجل ظاهراً وقت الاعتناق فواضح وإن ولدت لأقل من ستة أشهر حصل اليقين بقيامه فيه وكذا إذا ولدت أحد التوأمين لأنهم ما يتعلّقان معاً فإن قيل الجبلي إذا زالت رجلاً والزوج والى غيره كان ولداً للمولى الأب فما الفرق أجيب بأن الحسنين غير قابلين لهذا الولاء المقصود لأن غامه بالإيجاب والقبول وهو ليس بمحل له وإذا أعتقها ثم ولدت لأكثر من ستة أشهر فولد لمولى الأم لأنها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام (ع ٣٠١) الجل وقت الاعتناق حتى يعتق مقصوداً فيعتق تبعاً للأم لانصاله بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء فإن أعتق الأب جراً ولا ابنه إلى

مواليه لأن الولاء بمنزلة النسب قال صلى الله عليه وسلم الولاء لمة كحمة النسب الحديث ثم النسب إلى الأبناء فكذلك الولاء والنسبة إلى موالى الأم كانت ضرورة عدم أهلية الأب لفرقه فإذا صار أهلاً عاد الولاء إليه كما كان ولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم ضرورة فإذا أ كذب الملاعن نفسه عادة تنسب الولاء إليه ونقض قوله فإذا صار أهلاً عاد الولاء إليه بما إذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الامة امرأه مكاتب فماتت عن وفاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لمولى الأم لا ينتقل عنهم وإن أعتق الأب والجواب أن العود إليه يعود لأهلية ولم يثبت بهذا العتق للأب أهلية لتعذر إضافة العاوق إلى ما بعد

(وكذلك إذا ولدت ولداً لأقل من ستة أشهر) للتيقن بقيام الجل وقت الاعتناق (أو ولدت ولدين أحدهما لأقل من ستة أشهر) لانهما أو أمان بتعلقان معا وهذا بخلاف ما إذا زالت رجلاً وهي حبلى والزوج والى غيره حيث يكون ولداً للمولى الأب لأن الحسنين غير قابلين لهذا الولاء المقصود لأن غامه بالإيجاب والقبول وهو ليس بمحل له قال (فإن ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ولداً فولد لمولى الأم) لانه عتق تبعاً للأم لا تنص له بها بعد عتقها فيتبعها في الولاء ولم يتيقن بقيامه وقت الاعتناق حتى يعتق مقصوداً (فإن أعتق الأب جراً ولا ابنه وانتقل عن مولى الأم إلى موالى الأب) لأن العتق ههنا في الولد يثبت تبعاً للأم بخلاف الأول وهذا لأن الولاء بمنزلة النسب قال عليه الصلاة والسلام الولاء لمة كحمة النسب لا يباع ولا يوهب ولا يورث ثم النسب إلى الأبناء فكذلك الولاء والنسبة إلى موالى الأم كانت لعدم أهلية الأب ضرورة فإذا صار أهلاً عاد الولاء إليه كولد الملاعنة ينسب إلى قوم الأم ضرورة فإذا أ كذب الملاعن نفسه ينسب إليه بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد مولى لمولى الأم وإن أعتق الأب لتعذر إضافة العاوق إلى ما بعد الموت والطلاق البائن لحرمه الوطء وبعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مرجعاً فإنه قال هناك وإن أعتق حاملاً عتق جملها تبعاً لها اذ هو متصل بها اه والظاهر منه أن يصير الجل معتقاً تبعاً البتة لا مقصوداً فليست أم في التوفيق (قوله فإن أعتق الأب جراً ولا ابنه وانتقل عن مولى الأم إلى موالى الأب) قال في الكافي فإن قيل الولاء كالنسب والنسب لا يحتمل الفسخ بعد ثبوته فكذا الولاء يجب أن لا ينسخ بعد ثبوته قلنا لا ينسخ ولكن حدث ولداً أولى منه فقدم عليه كما نقول في الأخ انه عصبة فإذا حدث من هو أولى منه في الإرث لا يبطل تعصبيه ولكن يقدم عليه اه وذكر في غاية البيان أيضاً هذا السؤال والجواب نفلاً عن الشيخ أبي نصر (أقول) في الجواب اشكال وهو أنه لو لم ينسخ الولاء بل قدم عليه ولداً أولى منه في الإرث لزم أن ترث موالى الأم عند انقطاع موالى الأب بعد انتقال الولاء عن موالىها إلى موالىه كما هو الحال في العصبة الأدنى عند انقطاع العصبة الأولى منه كالأخ عند عدم الابن والأب ولم يرو عن أحد أن ترث موالى الأم بالولاء في حال بعد أن انتقل عنهم الولاء بالجر (قوله بخلاف ما إذا أعتقت المعتدة عن موت أو طلاق فجاءت بولد لأقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق الخ) قال صاحب النهاية ومعراج الدراية قول المصنف هذا الخ يتعلق بقوله فإذا صار أهلاً عاد الولاء إليه يعني إذا ولدت بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر ثم أعتق الأب جراً ولا ابنه من موالى الأم إلى موالى نفسه بخلاف ما إذا ولدت الامة المعتدة عن موت أو طلاق حيث لا يجزى ولداً ابنه إلى موالى نفسه وإن كانت الولادة بعد عتقها لأكثر من ستة أشهر بل يكون ولداً

الولد

الموت وهو ظاهر وإلى ما بعد الطلاق البائن لحرمه الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مرجعاً

(قوله وإذا أعتقت الأم وهي حامل) أقول أي ظاهرة الجل كما يشير إليه قوله فإن كان الجل ظاهراً وقت الاعتناق (قوله لأنها لما ولدت لذلك لم يتيقن لقيام الجل وقت الاعتناق) أقول لا يخفى عليك ما في هذا التعليل من عدم المطابقة للعلل فالظاهر أن يقول فولد لمولى الأم تبعاً حتى يحصل المطابقة (قوله ونقض قوله فإذا صار الخ) أقول الظاهر أن النقض على قوله اذ لم يتيقن لقيام الجل وقت الاعتناق يعتق الجل تبعاً ويجزى الأب ولداً فإنه إذا جاء به لأكثر من ستة أشهر لا يتيقن به فأجاب بمنع عدم التيقن فتأمل

بالشك فأسند إلى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتناق فعتق مقصودا (وفي الجامع الصغير وإذا تزوجت معتقة بعد فولدت أولادا فنجى الأولاد فعتقهم على موالى الام) لانهم عتقوا تبعاً لآلهم ولا عاقلة لا يهيم ولا موالى فآلها وعوالى الام ضرورة كفاي ولد الملاءنة على ما ذكرنا (فان أعتق الاب جرو لاء الاولاد الى نفسه) لما بينا (ولا ير جمعون على عاقلة الاب بما عقلوا) لانهم حين عقلاه كان الولاء ثابتاً لهم وانما ثبت للاب مقصودا لان نسبته مقصود وهو العتق بخلاف ولد الملاءنة اذا عمل عنه قوم الأم ثم أكسب الملاعن نفسه حيث يرجعون عليه لان النسب هنالك ثبت مستندا الى وقت العلق وكانوا مجبورين على ذلك فيرجعون

الولد لموالى أمه وان أعتق الاب تعذراضافة العلق الى ما بعد الموت لاسيما لثبوت النسب من الميت والى ما بعد الطلاق أما ان كان يائناً لمرة الوطء بعده وأما اذا كان رجعياً لمثل لا يصير مرجعياً بالشك فأسند الى حالة النكاح فكان الحمل موجودا عند اعتناق الام فعتق مقصودا فلا ينتقل انتهى وأدى صاحب العناية أيضاً هذا المعنى ولكن بطريق النقض والجواب حيث قال ونقض قوله فاذا صار أهلاً عاد الولاء اليه ما اذا أعتقت المعتدة عن موت بأن كانت الامة امرأه مكاتب فماتت عن ولاء أو أعتقت المعتدة عن طلاق فجاءت بولد لاقل من سنتين من وقت الموت أو الطلاق حيث يكون الولد موالى لموالى الام لم ينتقل عنهم وان أعتق الاب والجواب ان العود اليه بعود الالهية ولم يثبت بهذا العتق للاب الالهية تعذراضافة العلق الى ما بعد الموت وهو ظاهر والى ما بعد الطلاق البائن لمرة الوطء وكذلك بعد الطلاق الرجعي لما أنه يصير مرجعياً بالشك لانها اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل أن لا يكون فيحتاج الى اثباته ليشب النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك أسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتناق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم ويتبين من هذا أنها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى المتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق وأما اذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بانطلاق البائن والرجعي ففي البائن مثل ما كان وأما في الرجعي فوالاء الوالد لموالى الاب لتيقننا بمرجعة، وقد كررنا في الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل وبين الفرق بينه وبين ولد الملاعنة وكلامه فيه واضح

بالشك لانها اذا جاءت به لاقل من سنتين احتمل أن يكون موجودا عند الطلاق فلا حاجة الى اثبات الرجعة لثبوت النسب واحتمل أن لا يكون فيحتاج الى اثباته ليشب النسب واذا تعذر اضافته الى ما بعد ذلك أسند الى حالة النكاح فكان الولد موجودا عند الاعتناق فعتق مقصودا ومن عتق مقصودا لا ينتقل ولاؤه كما تقدم ويتبين من هذا أنها اذا جاءت به لاقل من ستة أشهر كان الحكم كذلك بطريق الاولى المتيقن بوجود الولد عند الموت والطلاق وأما اذا جاءت به لاكثر من سنتين فالحكم فيه يختلف بانطلاق البائن والرجعي ففي البائن مثل ما كان وأما في الرجعي فوالاء الوالد لموالى الاب لتيقننا بمرجعة، وقد كررنا في الجامع الصغير لاشتماله على بيان العقل وبين الفرق بينه وبين ولد الملاعنة وكلامه فيه واضح



سورة هود الآية ١٠٤ والله لم يكن لهم شئ في وجوده معتنق الام وعصيته وعند أبي يوسف رحمه الله حكمه حكم أبيه فلا يكون عليه ولادة عاتقة وانما يورث ماله بين ذوى أرحامه كما اذا كان الاب عرييا والام معتقة فانه لا يكون ولاؤه لموالى أمه لان النسب الى الآباء فان قيل لما كان النسب الى الآباء وجب أن يستوى الاب الحرة والعبد وليس كذلك أجاب بأن العبد هالك معنى (٢٨٦) لانه لا يملك شئاً ولانه أثر الكفر والكفر موت حكمى قال الله تعالى

قال (ومن تزوج من العجم: معتقة من العرب فولدت له أولاداً فولد له أولاداً فولد لها عند أبي حنيفة رحمه الله وهو قول محمد رحمه الله) وقال أبو يوسف حكمه حكم أبيه لان النسب الى الاب كما اذا كان الاب عربياً بخلاف ما اذا كان الاب عبد الله هالك معنى ولهما ان ولاد العتاقة قوى معتبر في حق الأحكام حتى اعتبرت الكفاة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاة فيما بينهم بالنسب والقوى لا يعارضه الضعيف بخلاف ما اذا كان الاب عربياً لان أنساب العرب قوية معتبرة في حكم الكفاة والعقل كما أن تناصرهم بها فأغنت عن الولاء قال رضى الله عنه الخلاف في مطلق المعتقة والوضع في معتقة العرب وقع اتفاقاً (وفي الجامع الصغير نبطى كافر تزوج معتقة كافرة ثم أسلم النبطى ووالى رجلاً ثم ولدت أولاداً قال أبو حنيفة ومحمد موالىهم موالى أمهم وقال أبو يوسف موالىهم موالى أبيهم) لان الولاء وان كان أضعف فهو من جانب الاب فصارت كمولودين واحداً من الموالى وبين العربية ولهما أن ولاد الموالاة أضعف حتى يقبل الفسخ وولاد العتاقة لا يقبله والضعيف لا يظهر في مقابلة القوى

أومن كان ميتاً فأحييناه نصار حال هذا الولد في الحكم حال من لأب له فينسب الى موالى الام وهذا المعنى معدوم اذا كان الاب حراً لان الحرية حياة باعتبار صفه المالكية والعرب والعجم فيه سواء ووجه قولهما ما ذكره في الكتاب ومعنى قوله حتى اعتبرت الكفاة فيه ان الناس يتفاضلون بالعتاقة ويعتبرون بها في الكفاة فمن له أب واحد في الحرية لا يكون كفواً لمن له أبوان فيها والنسب ليس كذلك فان العجم قبل الاسلام لم يعتبروا بذلك وكان تفاخرهم بمسيرة الدنيا حتى جعلوا من له أب واحد في الامارة كفواً لمن له أبوان في ذلك قال المصنف رحمه الله (الخلاف في مطلق المعتقة) وانما قال ذلك لان محمد رحمه الله ذكر المعتقة مطلقاً حتى لو تزوج بمعتقة غير العربي كان كذلك فكان وضع الفسخ في معتقة العجم بآثاره كلفظ

فتأمل (قوله بخلاف ما اذا كان الاب عبد الله هالك معنى) لانه لا يملك شئاً ولان الرق أثر الكفر والكفر موت حكمى قال الله تعالى أومن كان ميتاً فأحييناه أى كافر أفهد دينه فصار هذا الولد كأنه لأب له فينسب الى موالى الام ضرورة كذا في الشروح (أقول) ههنا شئ وهو انه ان كان المراد بكون العبد هالكاً معنى انه في حكم الميت كما هو الظاهر من قولهم لان الرق من أثر الكفر والكفر موت حكمى يرد عليه أن مجرد موت الاب لا يمنع ثبوت الولاء لموالى بل انما يظهر أثر الولاء لهم بعدموته اذ عند حياته هو مقدم عليهم وان كان المراد بذلك انه في حكم مجهول الابوة وان ولده في حكم مجهول النسب كما هو المتبادر من قولهم فصار هذا الولد كأنه لأب له ينتجه عليه أنه يلزم حينئذ لا يرث من هذا الولد من ينتج اليه بأبيه العبد من الاقارب الاحرار كالاجداد والجدات على تقدير أن يبقى أبوه ذلك عبد الكونه في حكم مجهول النسب على الغرض المزبور والظاهر أن الامر ليس كذلك اذ قد تقررت في كتب الفرائض أن المحروم عن الميراث كالكافر والقاتل والرقى لا يحجب من هو أبعد منه عند امتناع جيعا بل يرث الابعد عند حرمان الاقرب فالاولى ههنا أن يقال بخلاف ما اذا كان الاب عبد الله لا أهلية له لرقه كما مر في لم تحصل الأهلية له بزوال رقه لا يثبت الولاء له ولا موالى له سواء كان حياً وميتاً ندر (قوله ولهما أن ولاد العتاقة قوى معتبر في حق الأحكام حتى اعتبرت الكفاة فيه والنسب في حق العجم ضعيف فانهم ضيعوا أنسابهم ولهذا لم تعتبر الكفاة فيما بينهم بالنسب والقوى لا يعارضه الضعيف) أقول انما قيل أن يقول ظاهر هذا التعليل يقتضى أن يكون موالى الام في هذه الصورة مقدمين في الارث على العصابات النسبية لا ولادها بل على أصحاب الفرائض لهم اذ لا شك أن استحقاق كل من العصابات النسبية وأصحاب

الجامع الصغير ليان أن محمد رحمه الله ذكر المعتقة مطلقاً ولاشتماله على ولاد الموالاة وذلك واضح في الكتاب (قوله كالمولودين واحداً من الموالى) يعنى العجم فان العجمي اذا تزوج بعربية فولدت أولاداً فانها تنسب الى قوم أبيهم فكذا اذا كانت معتقة لان النسبة الى الام ضعيفة

قوله لا لذوى أرحامه) أقول الظاهر أن يقال أرحامهم (قوله ولانه أثر الكفر) أقول يعنى الرق (قوله حتى اعتبرت الى قوله والنسب من كذلك) أقول فيه بحث (قوله وانما قال ذلك) أقول يعنى وانما قال المصنف ذلك

ومعه (وان كان الابوان) أي الوالدان (معتقين) راجع إلى أول الخلاف يعني أن كانت الأم معتقة والاب والى رجلًا ففيه الخلاف وأما إذا كان الوالدان معتقين (فقد أجمعوا أن) النسب إلى قوم الأب لاستوائهم ما والترحح لجانبه لشبهه بالنسب) قال صلى الله عليه وسلم الولاء لجهة كاهمة النسب وفي حقيقة النسب يضاف الولد إلى الأب في الشرف والدناءة فكذلك في الولاء ولان النصرة به أي بالأب أكثر قال (ولاء العتاقة تعصيب) التعصيب هو جعل الإنسان عصبه ومنه قولهم الذ كرى عصب الانثى (وهو) أي مولد العتاقة (أحق بالميراث من الهمة وإنذالة لقوله صلى الله عليه وسلم للذي اشترى عبدًا فاعتقه هو أخوك ومولاك إن شكرك فهو خير له وشرك وإن كفرك فهو خيرا له وشركه ولومات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته) قوله هو أخوك يعني في الدين وقوله إن شكرك يعني إن شكرك بالمجازاة على صنيعك فهو خير له لأنه انتدب إلى ما ندب إليه وشرك لأنه أصل اليك بعض الثواب في الدنيا فتنتصص بقدره من ثواب الآخرة وإن كفرك فهو خير لك لأنه سبق لك ثواب العمل كله في الآخرة وشركه لأنه كفر النعمة وقوله كنت أنت عصبته يدل على أن المراد ولم يترك عصبه حيث لم يقل كنت وارثه (وورث النبي صلى الله عليه وسلم ابنة حمزة رضي الله عنهما ((٢٨٧)) على سبيل العصبه بمفعول قيام وارث)

هي بنت الميت وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم أعطى بنت الميت النصف والباقي لبنت حمزة والعصبه هو الذي يأخذ ما أبقتة الفرائض (وإذا كان عصبه تقدم على ذوى الارحام وهو المروى عن علي رضي الله عنه فإن كان للمعتق عصبه من النسب فهو أولى من المعتق) لان المعتق آخر العصبات على ما قالوا ان المراد بقوله ولم يترك عصبه وارث عصبه استدللا بإشارة الحديث كما قلنا في بيان قوله كنت أنت عصبته وبالحديث الثاني أي بحديث بنت حمزة فتأخر عن العصبه دون

وان كان الابوان معتقين فالنسبة إلى قوم الأب لانهم استوا بالترجح لجانبه لشبهه بالنسب أولان النصرة به أكثر قال (ولاء العتاقة تعصيب وهو أخق بالميراث من الهمة وإنذالة) لقوله عليه الصلاة والسلام للذي اشترى عبدًا فاعتقه هو أخوك ومولاك إن شكرك فهو خير له وشرك وإن كفرك فهو خيرا له وشركه ولومات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته وورث ابنة حمزة رضي الله عنهما على سبيل العصبه بمفعول قيام وارث وإذا كان عصبه تقدم على ذوى الارحام وهو المروى عن علي رضي الله عنه (فإن كان للمعتق عصبه من النسب فهو أولى من المعتق) لان المعتق آخر العصبات وهذا لان قوله عليه الصلاة والسلام ولم يترك وارثا قالوا المراد منه وارث هو عصبه بدليل الحديث الثاني فتأخر عن العصبه دون ذوى الارحام قال (فإن كان للمعتق عصبه من النسب فهو أولى) لما ذكرنا (وان لم يكن له عصبه من النسب فخيرائه للمعتق) تأويله إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال أما إذا كان فله الباقي بعد فرضه لأنه عصبه على ما روينا وهذا لان العصبه من يكون التناصر به لبيت النسبة وبالمولى الانتصار على ما مر والعصبه تأخذ ما بقي (فإن مات المولى ثم مات المعتق فخيرائه لبيت المولى دون بناته وليس للنساء من الولاء إلا ما أعتقن أو أعتقن أو كاتبن أو كاتبن من كاتبن) بهذا اللفظ ورد الحديث عن النبي صلى الله عليه وسلم وفي آخره أو جرح ولا معتقهن وصورة الجرح قدمناها

الفرائض بالقرابة النسبية وإذا كان النسب في حق العجم ضعيفا لا يصلح أن يعارض ولاء العتاقة فديرى أن لا يعارض أحد من العجم في الارث بجهة نسب سواء كانت تلك الجهة جهة العصبه أو جهة الفرض موالى الاعتاقه لقوة ولاء العتاقة وضعف النسب في حق العجم مع أن المسئلة في الارث ليست كذلك إذ قد تقررى كتب الفرائض وسيجيء في نفس هذا الكتاب أيضا أن موالى العتاقة مطلقة ومؤخرون في الارث عن أصحاب الفرائض وعن العصبات النسبية وانما تقدمون على ذوى الارحام فليتأمل في التوجيه

ذوى الارحام (وان لم يكن له) أي للمعتق (عصبه من النسب فخيرائه للمعتق تأويله) أي تأويل قول القدورى (إذا لم يكن هناك صاحب فرض ذو حال أما إذا كان فله الباقي بعد فرضه) وذكرنا هذه الجملة تأويلين أحدهما أن معنى قوله فرض ذو حال سوى حال الفرض كالأب والجد فإن لم يكن سوى حال الفرض وهي العصبه أما إذا كان فله أي فله هذا الوارث الباقي بالعصبه وليس للمعتق شيء والثاني أن معناه ذو حال واحد كالبنات أما إذا كان مثل ذلك فلم يعتق الباقي بعد فرض ذلك الوارث قال صاحب النهاية والثاني أوجه لأنه على قوله فله الباقي بعد فرضه بقوله (لأنه عصبه على ما روينا) وهو إشارة إلى قوله ولومات ولم يترك وارثا كنت أنت عصبته وهو واضح وقوله (وهذا) إشارة إلى قوله لأنه عصبه يعني انما كان عصبه (لان العصبه من يكون التناصر به لبيت النسبة) أي القبيلة وتقرى به العصبه من يكون انتصار القبيلة به وبالمولى يكون الانتصار على ما مر في أول كتاب الولاء وهو قوله وكانت العرب تتناصر بأشياء وقرى النبي صلى الله عليه وسلم تناصرهم بالولاء بنوعيه وقوله (والعصبه تأخذ ما بقي) تمام الدليل وتقرى به فله الباقي لأنه عصبه والعصبه تأخذ ما بقي (فإن مات المولى ثم مات المعتق فخيرائه لبيت المولى دون بناته) لما ذكره في الكتاب وقوله (قدمناها) إشارة إلى قوله فإن ولدت بعد عتقها لا كثر من ستة أشهر إلى أن قال جرح الأب ولأبنته وقد ذكر جرح المعتق ومعتق المعتق في النهاية ناقلا عن الذخيرة فليطلب عنه

(قوله التعصيب هو جعل الإنسان عصبه الخ) أقول والظاهر أن المصدر هنا بمعنى الفاعل

رب سب من جهته سب ينسب اليه لانه عليه اذذاك فثبتت المالكية ينسب اليها بالولاء وينسب اليها من ينسب اليها مولاه لان معتق المعتق ينسب اليه معتقه بالولاء وفي ذلك لافريق بين الرجل والمرأة بخلاف النسب فانه لا يثبت الا من الآباء لان سبب النسبة فيه القرش والقرش انما هو الزوج لانه المال والمرأة مملوكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بنى المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا ورث حتى يكون لاصحاب الفروض منه نصيب وانما الولاء باعتبار النصرة فيخلفه فيه من تكون به النصرة والنصرة بالذكور دون الاناث حتى لو ترك المولى ابنا فاولاده لابن عند أبي حنيفة ونحو ذلك من جهة ما الله وضو ربه امرأة اعتقت عبدا ثم ماتت عن ابن واب ثم مات العبد فبنيته لابن خاصة عندهما وهو قول أبي يوسف أو لا ثم رجع فقال لا يبع السدس والباقي لابن لان الابوة تستحق بها كالبنة لان الولاء يستحق بالعصبة عند عدم الابن ووجود الابن لا يوجب حرمان الاب ولهذا لم يصرح محرروا عند ميراثها فكذا (٢٨٨) عن ميراث معتقها ولهما أن اقرب العصبان يقوم مقام المعتق بعدموته في ميراث المعتق

والابن هو والعصبة دون الاب واستحقاق الاب السدس منها بالقرينة دون العصبة وكذا لو ترك جد مولاه أبا أبيه وأخاه لاب وأم وأب كان ميراثه للجد عند أبي حنيفة رضي الله عنه لانه لا يورث الاخوة والاخوان فالجد عنده اقرب في العصوبة ولو أن امرأة اعتقت عبدا ثم ماتت وترك ابنا وأخاه ثم مات العبد ولا وارث غيرهما فالمرث لابنها دون أخيها الماذكر أن الابن اقرب في العصوبة لان عقل جنابة المعتق على أخيها لانه من قوم أبيها وجنابته كجنابتها وجنابته على قوم أبيها فكذلك جنابة معتقها وابنها ليس من قوم أبيها ولو

ولان ثبوت المالكية والقوة في العتق من جهتها فينسب بالولاء اليها وينسب اليها من ينسب اليها مولاها بخلاف النسب لان سبب النسبة فيه القرش وصاحب القرش انما هو الزوج والمرأة مملوكة لا مالكة وليس حكم ميراث المعتق مقصورا على بنى المولى بل هو لعصبته الاقرب فالاقرب لان الولاء لا يورث ويخلفه فيه من تكون النصرة به حتى لو ترك المولى ابنا فاولاده لابن عند أبي حنيفة ومحمد لانه اقربهم ما عصبوبة وكذلك الولاء للجد دون الاخ عند أبي حنيفة لانه اقرب في العصوبة عنده وكذا الولاء لابن المعتقة حتى يرثه دون أخيها الماذكر لان الأن عقل جنابة المعتق على أخيها لانه من قوم أبيها وجنابته كجنابتها (ولو ترك المولى ابنا وأولاد ابن آخر) معناه بنى ابن آخر (فبنيته لابن دون بنى الابن لان الولاء للكبر) هو المروى عن عدة من الصحابة رضي الله عنهم منهم عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم أجمعين ومعناه القرب على ما قالوا والصلبي اقرب

#### فصل في ولاء الموالاة

فصل في ولاء الموالاة آخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة قوى لانه غير قابل للتحويل والانتقال في جميع الاحوال بخلاف ولاء الموالاة فان المولى فيه أن ينتقل قبل العقل ولانه يوجد في ولاء العتاقة الاحياء الحسكى ولا يوجد في ولاء الموالاة احياء أصلا ولأن ولاء العتاقة متفق عليه في أنه سبب للارث وأنه مقدم على ذوى الارحام بخلاف ولاء الموالاة فان الشعبي لم يقل بولاء الموالاة وقال لا ولاء الاولاد العتاقة به أخذ الشافعي ومالك وأحمد ثم ان معنى مطلق الولاء لغة وشريعة قد تقدم في صدر كتاب الولاء وتفسير هذا الولاء على ما ذكر في الذخيرة وغيره هو أن يملك رجل على يدرجل فيقول للذي أسلم على يده أو لغيره واليتك على أنى امت غيري لك وان جنيت فعلى عليك وعلى عاقبتك وقبل الآخر منه قال في العناية والنهاية وله ثلاث شرائط احداها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب الى غيره وأما نسبة غيره

ترك المولى ابنا وبنى ابن آخر فبنيته لابن دون بنى الابن لان الولاء للكبر هو المروى عن عدة من الصحابة

عمر وعلي وابن مسعود وغيرهم رضي الله عنهم ومعنى الكبر القرب الى الميت من حيث النسب والصلبي اقرب فيستحق الجميع

فصل في ولاء الموالاة آخر ولاء الموالاة عن ولاء العتاقة لان ولاء العتاقة لكونه غير قابل للتحويل كان أقوى بخلاف ولاء الموالاة فان المولى فيه أن ينتقل قبل العقل ومعنى الولاء قد تقدم لغة واصطلاحاً

(قوله وكل من ثبت من جهته شيء ينسب اليه لانه عليه) أقول المستتر في قوله ينسب راجع الى قوله شيء والضمير في قوله وفي قوله لانه راجع الى من والضمير في قوله عليه راجع الى قوله شيء (قوله وصورته امرأة اعتقت عبدا) أقول وكذا الجواب في رجل اعتق عبدا ثم مات (قوله والابن هو والعصبة دون الاب) أقول فضلا لأن يكون اقرب العصبان (قوله لانه لا يورث الاخوة والاخوان) أقول يعنى مع الجد (قوله ولو أن امرأة اعتقت الخ) أقول أو رجلا اعتقت عبدا (قوله لانه من قوم أبيها) أقول ضمير لانه راجع الى المعتق على صيغة المفعول

رسوله حسدا الولاء ان يتقدم رجل ويسلم على يدى رجل ويقل له أو غيره واليتك على أنى ان مت خبرائى لا واذا جنبت فعقلى عليك وعلى عاقلتك وقبل الاخر منه وله ثلاث شرائط احدها أن يكون مجهول النسب بأن لا ينسب الى غيره وأما نسبة غيره اليه فقير مانع والثانية أن لا يكون له ولادة عتاقة ولا ولادة موالاة مع أحد وقد عقل عنه (٣٨٩) والثالثة أن لا يكون عربيا فان قبل من

شرط العقد عقل الأعلى وحرية فان موالاة الصبي والعبد باطله فكيف جعل الشرائط ثلاثا أوجب بأن المذكورة انما هى الشرائط العامة المحتاج اليها فى كل واحدة من الصور وأما ما ذكرنا فاعلم هو نادر فلم يذكره وأما حكمه فهو وجوب العقل على عاقله الأعلى اذا جنى الأسفل واستحقاق ميراثه اذا مات عن غير وارث وكلامه فى الفصل واضح لا يحتاج الى تنسير

قال (واذا أسلم رجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه أو أسلم على يد غيره ووالاه فالولاء صحيح وعقله على مولاه فان مات ولا وارث له غيره في ميراثه للمولى) وقال الشافعى رحمه الله الموالاة ليس بشئ لان فيه ابطال حق بيت المال ولهذا لا يصح فى حق وارث آخر ولهذا لا يصح عنده الوصية بجميع المال وان لم يكن للوصى وارث لحق بيت المال وانما يصح فى الثلث ولنا قوله تعالى والذين عقدت أيمانكم فآؤهم نصيبهم والاية فى الموالاة وسئل رسول الله صلى الله عليه وسلم عن رجل أسلم على يد رجل آخر ووالاه فقال هو أحق الناس به بحياه ومماته وهذا يشير الى العقل والارث فى الحالتين هاتين ولان ماله حقه فيصرفه الى حيث شاء والصرف الى بيت المال ضرورة عدم المستحق لانه مستحق

اليه فقير مانع والثانية أن لا يكون له ولادة عتاقة ولا ولادة موالاة مع أحد وقد عقل عنه والثالثة أن لا يكون عربيا انتهى (أقول) فيه كلام أما أولا فلا لأن الشريطة الاولى تغنى عن الشريطة الثالثة اذ لاجهالة فى نسب العرب فيظهر باشتراط كون المولى مجهول النسب اشتراط أن لا يكون عربيا الا أن يكون ذكر الثالثة استقلا لان قبيل التصريح بعلم التزاما وأما ثانيا فلا انه ان أريد حصر شرائط الولاء فى هذه الثلاث كما هو المتبادر من ذكر العبد فى أمثال هذا المقام فليس بصحيح اذ من شرائطه أيضا شرط الارث والعقل كما صرح به المصنف فيما بعد حيث قال ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر فى الكتاب وصرح به فى الكافي أيضا حيث قال وانما يصح ولادة الموالاة بشرائط منها أن يشترط الميراث والعقل وصرح به صاحب الكفاية أيضا حيث قال وله شرائط وعدمها أن يشترط الارث والعقل وان لم يرد حصر شرائطه فى هذه الثلاث يكون تخصيص هذه الثلاث بالذكر خالبا عن الفائدة ويكون ذكر العبد عينا ولا يكون للسؤال والجواب اللذين ذكرهما صاحب العناية متصلا بذلك كما ستعرفهما وجه لان مدارهما على ارادة المصير والا لا يتوجه ذلك السؤال رأسا فلا يحتاج الى الجواب عنه أصلا وقال فى العناية فان قبل من شرط العقد عقل الأعلى وحرية فان موالاة الصبي والعبد باطله فكيف جعل الشرائط ثلاثا أوجب بأن المذكورة انما هى الشرائط العامة المحتاج اليها فى كل واحدة من الصور وأما ما ذكرنا فاعلم هو نادر فلم يذكره (أقول) فى هذا الجواب خلل فان كل واحد من عقل الأعلى وحرية أيضا من الشرائط العامة المحتاج اليها فى كل واحد من صور الموالاة اذ لا شك أن عقد الموالاة لا يصح بدون عقل المتعاقدين فى شئ من الصور اذ لا يتصور الايجاب والقبول بدون العقل وكذا لا يجوز موالاة العبد أصلا بغیر اذن مولاه وان أذن له موالاه فى القبول كان عقده كعقد مولاه فيكون الولاء للمولى نص عليه فى المبسوط وغيره فلامعنى لقوله وأما ما ذكرنا فاعلم هو نادر فلم يذكره ثم ان فى تقرير السؤال أيضا خللا فان تقييد العقل بعقل الأعلى فى قوله من شرط العقد عقل الأعلى مما لا وجه له لان عقل الأسفل أيضا شرط العقد اذ لا يتصور الايجاب بدون العقل كمالا يتصور القبول بدون عقله وقد أفصح عنه صاحب البدائع حيث قال وأما شرائط عقد الموالاة فتنها عقل العاقدين اذ لا صحة للإيجاب والقبول بدون العقل انتهى وكذا تقييد الحرية بالاضافة الى ضمير الأعلى فى قوله وحرية مما لا وجه له اذ حرية الأسفل أيضا شرط بل هى أظهر

(قوله وله ثلاث شرائط احدها الخ) أقول صرحوا بأن لا بد من الموالاة أو يتحول بموالاة الى غير مولى الاب اذ لم يعقل المولى عن أبيه فهذا الشرط لا يوافق قوله والثالثة أن لا يكون عربيا) أقول فيه بحث فان الشرط الاول يغنى عن هذا قوله فان قبل من شرط العقد عقل الأعلى وحرية) أقول فيه بحث فان العقل والحرية أيضا يحتاج اليهما فى كل واحدة من الصور أو اذن المولى والمولى (قوله فان موالاة الصبي والعبد باطله)

(٣٧ - تكمله سابق) أقول أما الصبي فلا نه ليس من أهل النصرة ولهذا لا يدخل فى العاقلة وأما العبد فهو أيضا لا يملك التزام النصرة الا باذن مولاه (قوله فان موالاة الصبي الخ) أقول قال الحاكم فى الكافي وموالاة الصبي باطلة وكذا ان والى رجل عبدا الا أن يكون ذلك باذن المولى فيكون مولى له أو يوالى العبي باذن الاب أو الوصى فيكون مولى بالصبي اه (قوله أوجب بأن المذكورة انما هى الشرائط العامة الخ) أقول فيه بحث



مختلفة (وان كان له وارث فهو أولى منه وان كان من ذوى الارحام) فانه اورد عليه بأنه يتبعني ان يكون الترتيب للمولى كما لو وصى

بكل ماله لا غير وله وارث معروف وأجيب بأنه جعله بعقد الولاء وارثا عنه وفي سبب الوراثية ذوالقرابة أرجح لان القرابة متفق على ثبوتها شرعا وان اختلفوا في كونها سببا للارث وعقد الولاء مختلف في ثبوتها شرعا ولا يظهر الضعيف في مقابلة القوي فلا يظهر استحقاق المولى معه بهذا السبب في شيء من المال بخلاف الوصية بالثلث فانها اخلاد في المال مقصودا فلا يمكن جعل الثلث له الا بطريق الوصية لانه ما أوجب له ذلك مقصودا ولا بطريق الارث لترجح استحقاق القريب عليه

قال المصنف (ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب) أقول أشار به الى ما ذكره القدوري قبل هذا واذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه واعترض الاتقاني على وجوب اشتراطهما في صحة العقد ولا يخفى على المتأمل دفع اعتراضه (قوله لان القرابة متفق الخ) أقول بحيث يترتب عليها الأحكام كحرمة المصاهرة وجوب النفقة

قال (وان كان له وارث فهو أولى منه وان كانت عمة أو خالة أو غيرهما من ذوى الارحام) لان الموالاة عقد ههما فلا يلزم غيرهما وذوالرحم وارث ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب لانه بالالتزام وهو بالشرط ومن شرطه أن لا يكون المولى من العرب لان تناصيرهم بالقبائل فأغنى عن الموالاة قال (ولمولى أن ينتقل عنه بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه) لانه عقد غير لازم بمنزلة الوصية وكذا لا على أن يبرأ عن ولائه لعدم لزوم

اشتراط من حرية الأعلى لانه لا يجوز ايجاب العبد عقد الموالاة ولو أذن له مولاه في ذلك ويجوز قبوله اياه باذن مولاه ويصير الولاء لمولاه كما صرحوا به وأيضا لا وجه لتلك ذكر البلوغ في اثناء تقرير السؤال فانه من شرط عقد الموالاة كالعقل والحرية نص عليه في المبسوط والبدائع مع أن قوله فان موالاة الصبي في قوله فان موالاة الصبي والعبد باطله أوفق باشتراط البلوغ من اشتراط العقل فان الصبي قد يكون عاقلا فلم يكن بطلان موالاته لعدم عقله بل كان لعدم بلوغه كما لا يخفى (قوله ولا بد من شرط الارث والعقل كما ذكر في الكتاب) أشار به الى ما ذكره القدوري في مختصره بقوله واذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه على أن يرثه ويعقل عنه وقد مر من قبل واعترض صاحب غاية البيان على وجوب اشتراط الارث والعقل في صحة عقد الموالاة حيث قال قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي قال ابراهيم لنخفي اذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه فانه يرثه ويعقل عنه وله أن يتحول بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه فاذا عقل عنه لم يكن له أن يتحول الى غيره وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف ومحمد هذا لفظ الكافي بعينه وهذا يدل على أن شرط الارث والعقل ليس بموقوف عليه صحة الموالاة بل مجرد العقد كاف بأن يقول أحدهما واليتك والاخر قبلت لان الحاك لم يذكرك الارث والعقل شرط لصحة الموالاة بل جعله ما حكم الهابعد صحتها فافهم وبدل على ما قلنا قول القدوري في مختصره أو أسلم على يد غيره ووالاه بوضحه قول صاحب النخبة ونفسه بعقد الموالاة من أسلم على يد رجل وقال له أنت مولاي ترثني اذا مات وتعقل عني اذا جنيت وقال الآخر قبلت فينصرون عقد بينهما عقد الموالاة وكذلك اذا قال واليتك والاخر قبلت وكذا اذا عقد مع رجل غير الذي أسلم على يده الى هنا لفظ الخفة انتهى كلام صاحب الغاية (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن شيئا مما ذكره لا يدل على عدم اشتراط الارث والعقل في صحة عقد الموالاة أما ما نقله عن الكافي للحاكم الشهيد فلانه يجوز أن يكون عدم وقوع التصريح باشتراطهما هنا بناء على ظهوره وتضمن الموالاة اشتراطهما فيكون قوله ووالاه في قوله اذا أسلم الرجل على يد رجل ووالاه مغنيا عن ذلك فلا يدل على أن مجرد أن يقول أحدهما واليتك والاخر قبلت كاف في تمام عقد الموالاة وجعل نفس الارث والعقل حكما للموالاة لا ينافي كون ذكرهما في العقد شرطا لصحة العقد كما لا يخفى وأما قول القدوري في مختصره أو أسلم على يد غيره ووالاه فلانه لا شك أن مراد القدوري بقوله ذلك انما هو بيان أن الاسلام على يده ليس بشرط فيها وأما قول صاحب النخبة فلا أن محل توهم عدم اشتراط الارث والعقل انما هو قوله وكذلك اذا قال واليتك والاخر قبلت ويجوز أن يكون مراده بذلك اذا قال واليتك بدل قوله أنت مولاي فقط لا يدل مجموع قوله أنت مولاي ترثني اذا مات وتعقل عني اذا جنيت فلا دلالة على عدم اشتراطهما وبالجملة ان عدم التصريح بشرط عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورة الموالاة لا يدل على عدم اشتراط ذلك انما يجوز أن يكون عدم التصریح به بناء على ظهوره من بيانهم اياه على الاستقلال لا يرى أن لصحة عقد الموالاة شرائط كثيرة ككون المولى مجهول النسب وكونه غير معتق وكونه غير عر بي وغير ذلك مع أنهم لم

في مثل العمة والخالة وغيرهما (قوله وعقد الولاء مختلف الخ) أقول بحيث يترتب عليه الأحكام (قوله فانها يصرحوا بخلافه في المال الخ) أقول الظاهر أن يقال استخلاف بدل قوله خلافة

وخلافة قوله (الأنه يشترط في هذا أن يكون محض من الآخر كما في عزل الوكيل) فإنه أورد (٢٩١) عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل

في حق العزل ظاهر وهو  
تضرر الوكيل بسبب  
الضمان عند رجوع  
الحقوق عليه إذا كان نقد  
من مال الموكل على ماصر  
في الوكالة فمما عني اشتراط  
توقف الفسخ ههنا على

حضرة كل واحد من الأعلى  
الأسفل وأجب بأن سبب  
الاشتراط ههنا هو السبب  
هناك وهو دفع الضرر فإن  
العقد كان بينهما وفي تفرد  
أحدهما الزام الفسخ على  
الآخر بدون علمه والزام  
شيء على الآخر من غير  
علمه بنفسه ضرر لا محالة  
لأن فيه جعل عقد الرجل  
العاقل البالغ كالعقد  
وفيه ابطال فعله بدون علمه  
وخلافة قوله (لأنه فسخ حكيم  
بنزلة العزل الحكيم في  
الوكالة) فإن عزل الوكيل  
حال غيبته مقصود الإصحاح  
وحكمه يصح كالأعتق  
العبد الذي وكله ببيعته فإنه  
أورد عليه لما يجعل صحة  
العقد مع الثاني موجبة  
فسخ العقد الأول وأجب  
بأن الولاء كالنسب والنسب  
مادام ثابتاً من إنسان  
لا يتصور رتبته من غيره  
فكذلك الولاء فعرفنا أن  
من ضرورة صحة العقد مع  
الثاني بطلان العقد الأول  
ذكر ذلك كله في النهاية والله  
سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

الأنه يشترط في هذا أن يكون محض من الآخر كما في عزل الوكيل قصد اختلاف ما إذا قصد الأسفل  
مع غيره بغير محض من الأول لأنه فسخ حكيم بنزلة العزل الحكيم في الوكالة قال (وإذا عقل عنه لم يكن  
له أن يتحول بولائه إلى غيره) لأنه تعلق به حق الغير ولأنه قضى به الفاضل ولأنه بمنزلة عوض ناله كالعوض  
في الهبة وكذا لا يتحول ولده وكذا إذا عقل عن ولده لم يكن لكل واحد منهما أن يتحول لأنهم  
في حق الولاء كشخص واحد قال (وأيضاً لمولى العتاقة أن يوالى أحداً) لأنه لازم ومع بقائه  
لا يظهر الأدنى

يصح حواشي من ذلك عند تفسير عقد الموالاة وبيان صورته (قوله الأنه يشترط في هذا أن يكون  
محض من الآخر كما في عزل الوكيل قصداً) أورد عليه بأن سبب اشتراط حضرة الوكيل في حق العزل  
ظاهر وهو تضرر الوكيل بسبب الضمان عند رجوع الحقوق عليه إذا كان تقدم من مال الموكل على  
ما صر في الوكالة فمما عني اشتراط توقف الفسخ ههنا على حضرة كل واحد من الأعلى والأسفل وأجب  
عنه بوجهين أحدهما أن سبب الاشتراط ههنا هو السبب هناك وهو دفع الضرر فإن العقد كان بينهما  
وفي تفرد أحدهما الزام الفسخ على الآخر بدون علمه ونفس الزام أحدهما حكم الفسخ على الآخر  
بدون علمه ضرر لا محالة لأن فيه جعل عقد الرجل العاقل البالغ كالعقد وفيه ابطال فعله فلا يجوز  
بدون العلم كذا في الشروح وقال في النهاية وهذا الوجه هو الذي اختاره في المبسوط وقصر صاحب  
العناية ذكر الجواب على هذا الوجه فكانه اختاره أيضاً (أقول) هذا الوجه يحمل الكلام  
فإن كون نفس الزام الفسخ على الآخر ضرراً أمراً ظاهراً لما ذكر من أن فيه ابطال فعل العاقل البالغ  
وأما مدخلية عدم علم الآخر بذلك الإلزام في كونه ضرراً فغير ظاهر إذ على تقدير علم الآخر به ليس له  
قدرة على دفع ذلك عن نفسه لاستقلال كل واحد منهما في فسخ العقد عند علم الآخر بالرب  
فيتحقق ابطال فعل الآخر في صورة العلم أيضاً بالضرورة والظاهر أن علم الإنسان بالامر الذي  
يكروهه ولا يقدر على دفعه لا يجدي شيئاً فاذن لم يظهر كون سبب اشتراط توقف الفسخ ههنا على  
حضرة كل واحد منهما دفع الضرر على هذا الوجه اللهم الآن يقال دفع الضرر وإن لم يتعين ههنا كما  
تعين في صورة العزل عن الوكالة لأنه مما يحتمل بارضاء الآخر بالبر والمجوزة لكن فيه ما فيه فتأمل  
وثانيهما أن فسخ أحدهما هذا العقد بغير محض من صاحبه يتضمن إضراراً بصاحبه أما إذا كان  
الفسخ من الأسفل ولأنه رجوع إلى الأسفل فيجب الأعلى أن ماله صار ميراثاً له فيتصرف فيه فيصير  
مضموناً عليه وأما إذا كان الفسخ من الأعلى فلا أن الأسفل رجوعاً عبيداً على حسب أن  
عقل عبيده على مولاه ولو صح فسخ الأعلى يجب العقل على الأسفل بدون علمه فيتضرر كذا في النهاية  
ومعراج الدراية نقلاً عن الذخيرة (أقول) هذا الوجه في الجواب هو الصواب لأن حاصله أن في الفسخ  
بدون علم صاحبه ضرراً لا غترار وفي الإعلام دفع ذلك فلا بد منه ولا ريب أن هذا معقول المعنى (قوله  
لأنه فسخ حكيم بنزلة العزل الحكيم في الوكالة) قيل عليه لما إذا جعل صحة العقد مع الثاني موجبة  
بطلان العقد الأول قلنا أن الولاء كالنسب والنسب مادام ثابتاً من إنسان لا يتصور رتبته من غيره  
فكذلك الولاء فعرفنا أن من ضرورة صحة العقد مع الثاني بطلان العقد الأول كذا في عامة الشروح  
والكافي وعزاه في النهاية ومعراج الدراية إلى المبسوط (أقول) في الجواب بحث من وجهين الأول  
أن قولهم والنسب مادام ثابتاً من إنسان لا يتصور رتبته من غيره ممنوع فإنه إذا كانت الأمة بين شريكين  
فجاءت بولد فادعاء ثبت نسبة منها عندنا كما صر في باب الاستيلاء من كتاب العتاق مدلاً ومشرراً

(قوله وخلافة قوله (الأنه الخ) أقول معطوف على قوله خلا في قوله وكلامه في الفصل واضح لا يحتاج إلى تفسير خلا قوله وإن كان له وارث  
(قوله وخلافة قوله (لأنه فسخ حكيم) أقول وهذا القول معطوف أيضاً على قوله خلا فيما سبق

﴿ كتاب الاكراه ﴾

قيل الموالاة تغير حال المولى الأعلى عن حرمة كل مال المولى الأسفل بعدمه ونه الى حكمه كأن الاكراه يغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فكان مناسباً أن يذكر الاكراه عقيب الموالاة وهو في اللغة عبارة عن جل الانسان على شيء يكرهه يقال أكرهت فلاناً أي جلسته على أمر يكرهه وفي اصطلاح (٣٩٢) الفقهاء اعتماد كره بقوله اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به

﴿ كتاب الاكراه ﴾

قال (الاكراه ينبت حكمه اذا حصل من بقدر على ايقاع ما توعد به سلطاناً كان أو لهما) لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره

والثاني ان قياس الولاء على السب يقتضي أن لا يصح عقد لولاء مع الثاني بعد أن يصح مع الاول اذا السب لا يتصور ثبوته من انسان بعد ثبوته من آخر فينتفي أن يكون الولاء كذلك على مقتضى القياس فن أبن تصور الاستدلال بحجة عقد الولاء مع الثاني على بطلان عقده مع الاول \* ثم أقول يمكن أن يجاب عن الاول بأن المراد أن النسب مادام ثابتاً من انسان أو لا يتصور ثبوته من غيره فانيا وثبوت نسب ولله الامة المشتركة بين رجلين منهما انما هو فيما ادعياهما وأما اذا ادعاهما أحدهما أولاً والاخر فانيا فاما ثبتت نسبة من الاول دون الثاني كما فصل في باب الاستيلاء من كتاب العتاق وعن الثاني بأن القياس في مجرد عدم صحة اجتماع ثبوته للشخصين في حالة واحدة اذا كان ثبوته لهما على سبيل التعاقب لا في عدم صحة الانتقال من أحدهما الى الآخر فانه أمر آخر ناشئ من كون الثابت لازماً وعقد الولاء عقد غير لازم فيخالف النسب من هذه الحيثية فلهذا يصح الانتقال فيه دون النسب فتأمل والله الموفق

﴿ كتاب الاكراه ﴾

قيل في مناسبة الوضع لما ذكر وللاء العتاق لمناسبة المكاتب وذكر وللاء الموالاة لمناسبة وللاء العتاق لاق اراد الاكراه عقيب وللاء الموالاة لمناسبة أن في كل منهما تغير حال المخاطب من الحرمة الى الحل فان وللاء الموالاة يغير حال المخاطب الذي هو المولى الأعلى من حرمة تناول مال المولى الأسفل بعدموته الى حله بالارث فكذلك الاكراه يغير حال المخاطب الذي هو المكروه من حرمة المباشرة الى حلها في عامة المواضع ثم ان الاكراه في اللغة عبارة عن جل الانسان على شيء يكرهه يقال أكرهت فلاناً كراهاً أي جلسته على أمر يكرهه وأما في اصطلاح الفقهاء فقد ذكر في المبسوط ان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره فينتفي به رضاه أو يفسد به اختياره من غير أن ينعدم به الاهلية في حق المكروه أو يسقط عنه الخطاب فان المكروه مبتدئ والابتلاء بقرار الخطاب ألا يرى انه متردد بين فسر وحظر وباحة ورخصة وبأنه مرة ويؤجر أخرى وهو آية الخطاب وذكر في الايضاح ان الاكراه فعل يوجب من المكروه فيحدث في المحل معنى فيصير به مدفوعاً الى الفعل الذي طلب منه وذكر في الواقي انه عبارة عن تهديد القادر بغيره على ما هدد بمكروه على أمر بحيث ينتفي به الرضا كذا في النهاية ومعراج الدراية وقال في النهاية ذلك ان تختار من هذه الثلاث أيها شئت قلت وقد اختار المصنف عبارة المبسوط كما ترى وسبب ما يتعلق بتفسيرها وأما شرطه وحكمه فبأن في الكتاب أثناء المسائل (قوله لان الاكراه اسم لفعل يفعله المرء بغيره) قال صاحب العناية وتفسيره أن يحمل المرء بغيره على المباشرة جلا ينتفي به رضاه وهو أعم من أن

اختياره مع بقاء أهليته وتفسيره أن يحمل المرء بغيره على المباشرة جلا ينتفي به رضاه وهو أعم من أن يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه وهو إشارة الى نوعي الاكراه أو يفسد به اختياره وذلك يستلزم نفي عدم الرضا وهو إشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لافي أو يفسد به اختياره فذلك أنواع الاكراه الثلاثة وموضع أصول الفقه

﴿ كتاب الاكراه ﴾

(قوله وتفسيره أن يحمل المرء بغيره على المباشرة) أقول فيكون في قوله اسم لفعل الخ مجاز (قوله وذلك يستلزم نفي عدم الرضا) أقول فيه ما لا يخفى الآن يقال الاستلزام علا حظة مقابلة قوله أو يفسد قوله ينتفي به رضاه اذ لو لم تسح المقابلة وفيه ما فيه (قوله لكن لا بد من تقدير لافي أو يفسد به اختياره) أقول لا يخفى عليك بعد ما ذكره وخفاء القرينة على تقدير

لاول ظاهر أن المراد من قوله ينتفي به رضاه انتفاء الرضا فقط بدون فساد الاختيار بقرينة المقابلة وانما يتعرض يكون للقسم الثالث من الاكراه بضرب سوط أو حبس يوم على ما يجبي له عدم ترتيب أحكام الاكراه عليه قال المصنف (فينتفي به رضاه) أقول فقط دون أن يفسد به اختياره فانه اذا قبل الخاص بالعام يراد بالعام ما عدا ذلك الخاص

وقوله ( مع بقاء أهليته ) إشارة إلى كون المكروه لم يسقط عنه الخطاب لأن الخطاب بالاهلية وإذا كانت الاهلية ثابتة كان المكروه مخاطباً وأما شرطه وحكمه فيأتي في أثناء الباب قال ( الإكراه يثبت حكمه إذا حصل عن يقدر على إيقاع ما توعد به ) شرط الإكراه حصوله من قادر على إيقاع ما توعد به ( سلطاناً كان أو أماً ) وخوف المكروه ( ٣٩٣ ) وقوعه بأن يغلب على ظنه أنه يفعله

ليصير بالاكراه محمولا على ما دعى إليه من المباشرة فإذا حصل بشرائطه يثبت حكمه على ما سيجي ومفصلا ولم يفرق بين حصوله من السلطان والصل ( لأن تحققه يتوقف على خوف المكروه بتحقيق ما توعد به ولا يخاف إلا إذا كان المكروه قادرا على ذلك والسلطان وغيره عند تحقق القدرة سبحانه ) عندهما ( والذي قاله أبو حنيفة رحمه الله أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان لما أن المنفعة والقدرة لا تتحقق بدون المنفعة فقد قالوا هذا الاختلاف عصره زمان لا اختلاف حجة وبرهان ولم تكن القدرة في زمنه إلا للسلطان ثم بعد ذلك تغير الزمان وأهله ثم كما تشترط قدرة المكروه لتحقيق الإكراه يشترط خوف المكروه وقوع ما به سببه وذلك بأن يغلب على ظنه أنه يفعله ليصير به محمولا على ما دعى إليه من الفعل قال ( وإذا أكره الرجل على بيع ماله أو على شراء سلعة أو على أن يقر لرجل بألف أو بواجب داره فأكرهه على ذلك بالقتل أو بالضرب الشديد أو بالحبس فباع أو اشتري فهو بالخيار إن شاء أمضى البيع وإن شاء فسخه ورجع بالمبيع ) لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى ( إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم )

يكون مع فساد اختيار أو مع عدمه وهو إشارة إلى قوى الإكراه ويفسده اختياره وذلك يستلزم في عدم الرضا وهو إشارة إلى القسم الآخر لكن لا بد من تقدير لا في أو يفسده اختياره بذلك أنواع الإكراه الثلاثة وموضع أصول الفقه اه كلامه ( أقول ) قد خرج الشارح المذكور في تفسير كلام المصنف هذا عن سنن الصواب وسلك مسلكا لا يرتضيه أحد من ذوى الألباب وإن شئت ما هو التحقيق في هذا المقام فاستمع لما نتلو عليكم من الكلام فاعلم أن الشائع المذكور في عامة الكتب من الأصول والفروع هو أن الإكراه نوعان نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وذلك بأن يكون بقتل أو بقطع عضو وهو الإكراه الملبئى ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وذلك بأن يكون بضرب أو بقيد أو بحبس وهو الإكراه الغير الملبئى وكل منهما لا ينافي في الاهلية والخطاب وأما فخر الإسلام البرزوى فقال في أصوله الإكراه ثلاثة أنواع نوع يعدم الرضا ويفسد الاختيار وهو الملبئى ونوع يعدم الرضا ولا يفسد الاختيار وهو الذى لا يلجئ ونوع آخر لا يعدم الرضا وهو أن يهجم بحبس أبيه أو ولده أو ما يجرى مجراه ولا إكراه بجملة لا ينافي في أهليته ولا يوجب وضع الخطاب اه وقال صاحب الكشف في شرح هذا المقام من أصول فخر الإسلام الإكراه على الغير على أمر يكرهه ولا يريد مباشرة لولا الحمل عليه ويدخل في هذا التعريف الأقسام الثلاثة المذكورة في الكتاب قال شمس الأئمة هو اسم لفعل يفعله الإنسان بغيره فينتفى به رضاه أو يفسده اختياره ولم يدخل فيه القسم الثالث الذى ذكر في الكتاب وكأنه لم يجعله من أقسام الإكراه لعدم ترتب أحكامه عليه إلى هنا كلام صاحب الكشف إذا عرفت هذا فقد ظهر لك أن ما ذكره المصنف ههنا من معنى الإكراه وما ذكره شمس الأئمة في الميسر بعينه وأن القسم الثالث من الأقسام الثلاثة المذكورة في أصول فخر الإسلام غير داخل في هذا المعنى كما توهمه صاحب العناية وإنما هو داخل في معنى الإكراه لغة كما أشار إليه صاحب الكشف وهو أن وجه عدم ادخال ذلك القسم في معنى الإكراه شرعا عدم ترتب أحكام الإكراه عليه فإن الإكراه في عرف الشرع ما ترتب عليه أحكامه وانكشف عندك أيضا ما وقع في عامة الكتب من تنويع الإكراه إلى نوعين فقط فإن المقصود ببيان في الكتب الشرعية أحوال الإكراه الذى يترتب عليه الحكم الشرعى

الإكراه ( فهو بالخيار إن شاء أمضى وإن شاء فسخ لأن من شرط صحة هذه العقود التراضي قال الله تعالى ( إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم )

قال المصنف ( والذي قاله أبو حنيفة أن الإكراه لا يتحقق إلا من السلطان ) أقول الفتوى في تحقق الإكراه من غير السلطان على قولهما



والا كراه هذه الاشياء لعدم الرضا فيفسد بخلاف ما اذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم  
لانه لا يبالي به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الا كراه الا اذا كان الرجل صاحب منصب يعلم أنه يستضربه  
لفوات الرضا

ثم ان ما ارتكبه صاحب العناية في تفسير ما ذكره المصنف ههنا مع كونه خلاف ما هو الواقع كما عرفت  
غير صحيح في نفسه أما أولاً فلا بد جعل قول المصنف فينتقي به رضاه أعم من أن يكون مع فساد اختيار  
أو مع عدمه مع ان مقابلة قوله أو يفسد به (٢) رضاه تمنعه قطعاً وأما ثانياً فلا بد ان قول المصنف  
أو يفسد به اختياره يستلزم نفي عدم الرضا ولا معنى له لانه ان أراد أنه بحسب ظاهره أي بدون تقدير شيء  
آخر يستلزم ذلك فليس كذلك قطعاً لان فساد الاختيار انما يستلزم عدم الرضا لا نفي عدمه وهو  
ثبوت الرضا وان أراد انه اذا أخرج عن ظاهره بتقدير لا كما ذكره فيما بعد يستلزم ذلك فليس كذلك  
أيضا اذ بتقدير لا يصير المعنى أو لا يفسد به اختياره وذلك بأن يصح اختياره معه ولا شك ان صحة الاختيار  
لا تستلزم نفي عدم الرضا وهو ثبوت الرضا لجواز أن يصح الاختيار وانعدام الرضا كافي النوع الغير  
الملجئ من نوعي الا كراه على ما مر وأما ثالثاً فلا بد ان قوله وهو اشارة الى القسم الآخر لكن لا بد من  
تقدير لا في أو يفسد به اختياره وهو أيضاً محتمل لان هذا التقدير مع كونه خلاف الظاهر جداً سيما  
في مقام التعريف لا يجدى ما ذكره من كون مقصود المصنف الاشارة الى الأنواع الثلاثة لا كراه لان  
نفي فساد الاختيار انما يفيد صحة الاختيار وهي لا تقتضي الرضا بل تحقق عدم الرضا أيضاً كما عرفت  
آنفاً فلا تحصل الاشارة بقوله أو يفسد به الاختيار على تقدير كلمة لافيه الى القسم الثالث من الاكراه  
لصدقه على القسم الثاني من النوعين الاولين كما ترى اللهم الا أن يقال نفي فساد الاختيار في مقابلة  
انتفاء الرضا يدل على بقاء الرضا في المقابل فيخرج القسم الثاني من النوعين الاولين لكن لا يخفى على ذي  
مسكة ان المعنى الذي نسبته الشارح المزبور ههنا الى المصنف كان يحصل بأن يقول بدل قوله أو يفسد  
به اختياره أو لا بمعنى أو لا ينتفي به رضاه فهل يجوز العاقل عمل المصنف أن يترك ذلك اللفظ الاقصر الخالي  
عن التعملات بأسرها لو أراد اعادة ذلك المعنى الذي نسبته الشارح المزبور اليه ويختار هذا اللفظ الاطول  
المشتمل على تعلمات كثيرة في افادة ذلك المعنى ولعمري ان رتبة المصنف بمنزلة عن مثل ذلك فالحق أن  
مراده بقوله فينتقي به رضاه أن ينتفي به رضاه بدون فساد اختياره بقريضة مقابلة قوله أو يفسد به اختياره  
فان العام اذا قبل بالخاص يراد به ما عدا ذلك الخاص كافي قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة  
الوسطى فكان قوله فينتقي به رضاه اشارة الى أحد نوعي الاكراه وهو غير الملجئ وقوله أو يفسد به اختياره  
اشارة الى النوع الآخر منه ما هو الملجئ فالتنظيم كلامه من غير كلفة أصلاً وانطبق لما في عامة  
الكتب (قوله والا كراه هذه الاشياء لعدم الرضا) أراد بهذه الاشياء القتل والضرب الشديد والحبس  
المديد وهذا مع كونه أظهر من أن يخفى قد خفي على الشارح العيني فقال في تفسير قول المصنف بهذه  
الاشياء يعني بالبيع وأخواته ولم يذكر أن البيع وأخواته من المكروه عليه لا من المكروه وهذا نظير  
سائر سقطاته في كتابه هذا (قوله بخلاف ما اذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم لانه لا يبالي  
به بالنظر الى العادة فلا يتحقق به الا كراه) أقول برد على ظاهر هذا التحرير أن آخر الكلام يناقض  
أوله فانه قال في أوله بخلاف ما اذا أكره بضرب سوط أو حبس يوم أو قيد يوم فدل ذلك على تحقق  
الاكراه في هذه الصور أيضاً والما قال بخلاف ما اذا أكره بل كان ينبغي أن يقول بخلاف ما اذا ضرب  
بسوط أو حبس يوماً أو قيد يوماً وقال في آخره فلا يتحقق به الا كراه وهذا صريح في عدم تحقق الاكراه  
في هاتيك الصور فتناقضاً والجواب ان المراد بالاكراه في قوله بخلاف ما اذا أكره معناه اللغو وهو

والا كراه هذه الاشياء  
يعدم الرضا وانتفاء الشرط  
يستلزم انتفاء الشرط  
( فيفسد وان أكره بضرب  
سوط أو حبس يوم أو قيد  
يوم لم يكن أكرها لانه  
لا يبالي به بالنظر الى العادة  
الا ان كان المكروه صاحب  
منصب يعلم أنه يستضربه )  
فهو أكره (ل) وجود  
العادة حيثئذ وهو (فوات  
الرضا)

(٢) قوله أو يفسد به رضاه  
كذا في السخ التي بأيدينا  
وصوابه أو يفسد به اختياره  
اه صححه

(قوله وكذا الاقرار حجة) معطوف على قوله والا كراهية هذه الاشياء لعدم الرضا فيفسد أي والاقرار أيضا يفسد بالا كراهية هذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة في غير الاكراه لترجح حجة الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة بخلاف ما اذا كره على الاقرار بألف بضرب سوط أو حبس يوم فأقر به فهو اقرار كافى البيع الا اذا كان المكروه صاحب منصب أى عز وحرمة فبان الشرفاء والاجلاء من العلماء والكبراء يستنكفون عن ضرب سوط واحد وحبس يوم واحدا كثيرا يستنكف غيرهم من ضرب سياط وحبس أيام ولهذا قال محمد رحمه الله ليس في ذلك تقدير لازم بل ذلك على حسب ما يرى الخا كم من حال من ابتلى به ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها ثبت به الملك عندنا وعند زفر رحمه الله لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة (الاجازة لا يفيد الملك) كالبيع بشرط الخيار (ولما أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله) لان الايجاب والقبول صدر من المالك البالغ العاقل وصادق محله وهو الملك (والفساد اذ فقد شرطه وهو التراضي) قال الله تعالى الآن تكون تجارة عن تراض منكم وتأثير انتفاء الشرط في فساد العقد لا غير كانتفاه المساواة في باب الربا (فيثبت الملك عند القبض) (٢٩٥) والبيع بشرط الخيار انما

وكذا الاقرار حجة لترجح حجة الصدق فيه على حجة الكذب وعند الاكراه يحتمل أنه يكذب لدفع المضرة ثم اذا باع مكرها وسلم مكرها ثبت به الملك عندنا وعند زفر لا يثبت لانه بيع موقوف على الاجازة الا ترى أنه لو أجاز جزاء الموقوف قبل الاجازة لا يفيد الملك ولما أن ركن البيع صدر من أهله مضافا الى محله والفساد اذ فقد شرطه وهو التراضي فصار كسائر الشروط المفسدة فيثبت الملك عند القبض حتى لو قبضه وأعتقه أو تصرف فيه تصرفا لا يمكن نقضه جاز وولزمه القيمة كافي سائر البياعات الفاسدة وباجازة المالك يرتفع الفساد وهو الاكراه وعدم الرضا فيجوز الا أنه لا يقطع به حق استرداد البائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك بخلاف سائر البياعات الفاسدة لان الفساد فيها الحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم لحاجته أما ههنا فالرسلحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال تعالى عنه ومن جعل البيع الجائز المعتاد بيعا فاسدا يجعله كبيع المكروه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لقوات الرضا ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين

حل الانسان على امر يكرهه كما مر ولا شك في تحقق هذا المعنى في هاتيك الصور والذي نفاه في آخر الكلام انما هو تحقق الاكراه على معناه الشرعي الذي ترتب عليه أحكامه فلا تناقض ولك أن تقول التعبير بالا كراهية في قوله بخلاف ما اذا كره للشا كلة كافي قوله تعالى تعلم ما في نفسي ولا أعلم ما في نفسك فحتمثلا يكون لفظ الاكراه هنا حقيقة لا لغوية ولا شرعية بل بصريح جازا فلا تناقض أصلا (قوله وكذا الاقرار حجة الخ) قال في النهاية والعناية قوله وكذا الاقرار حجة معطوف على قوله والا كراهية هذه الاشياء لعدم الرضا فيفسد أي والاقرار أيضا يفسد بالا كراهية هذه الاشياء وذلك لان الاقرار انما صار حجة في غير الاكراه لترجح حجة الصدق وعند الاكراه يحتمل الكذب لدفع المضرة فلا يكون حجة اه (أقول) الظاهر عندي ان قوله وكذا الاقرار حجة الخ معطوف على قوله لان من شرط صحة

الفاسدة فان فيه اذا باع المشتري ما اشتراه بشرا فاسدا لم يبق للبائع الاول حق استرداده ههنا لا يقطع بسبب الاكراه حق الاسترداد للبائع وان تداولته الايدي ولم يرض البائع بذلك لان الفساد في البياعات الفاسدة لحق الشرع وقد تعلق بالبيع الثاني حق العبد وحقه مقدم على حق الله تعالى لحاجته أما ههنا فالرسلحق العبد وهما سواء فلا يبطل حق الاول لحق الثاني قال المصنف رحمه الله (ومن جعل البيع الجائز المعتاد) يريد به بيع الوفاء وصورته أن يقول البائع للمشتري بعت منك هذا العين بـ لـ على من الدين على أني متى قضيت الدين فهو لي أو يقول بعت منك هذا العين بكذا على أني ان دفعت اليك ثمنك تدفع العين الي وقد اختلف الناس فيه ومشايخ سمرقند جعلوا بيعه جائزا مفيد لبعض الاحكام وهو الانتفاع به دون البيع والهبة على ما هو المعتاد بين الناس للحاجة اليه واختاره المصنف رحمه الله وأشار اليه بتولية البيع الجائز المعتاد ومن المشايخ من جعله بيعا فاسدا وجعله كالبيع المكروه عليه حتى ينقض بيع المشتري من غيره لان الفساد لقوات الرضا كافي البيع المكروه عليه ومنهم من جعله رهنا لقصد المتعاقدين لانهم ما وان سمي ببيع السكنى غرضه ما الرهن والعبرة للمقاصد والمعاني ولا يملكه المرتين ولا يطلق الانتفاع الا باذن مالكة وهو ضامن لما كل من غره واستملكه من عينه والدين ساقط جهلا كره في يده اذا كان وفي بالدين ولا ضمان عليه في الزيادة اذ اهلك بغير صناعه وللبائع استرداده اذا قضى دينه لا فرق عندنا بينه وبين الرهن

ومنه من جعله بيعاً باطلا اعتباراً بالهزل لانهم اتكاملوا بلفظ البيع وليس قصدهما فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه ولو أجاز أحدهما لم يجز على صاحبه ومعنى قوله (هو المعتاد) أنهم في عرفهم لا يفهمون لزوم البيع بهذا الوجه بل يجوزونه إلى أن يرد البائع الثمن إلى المشتري وبقي المشتري يرد المبيع على البائع من غير امتناع ولا يكون ذلك إلا إذا لم يخرج عن ملكه يبيع أو هبة ولهذا سموه ببيع الوفاء لانه وفي جماعهم من رد المبيع قال (فان كان قبض الثمن طوعاً الخ) اذا قبض البائع الثمن طوعاً فقد أجاز البيع لانه دلالة الاجازة كافي البيع الموقوف اذا قبض الثمن كان اجازة ودلالة الاجازة تقوم مقام الاجازة فكذا اذا سلم المبيع طائعا بأن كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دلالة الاجازة بخلاف ما اذا أكرهه على الهبة ولم يذ كر الدفع فهو ب كراهه حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع قال (وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده) لفساد العقد قال (وان هلك المبيع في يده المشتري وهو غيره مكره ضمن قيمته للبائع) معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد

اتمايو جب الضمان اذا كان اتملك وههنا لم يكن كذلك لانه كان مكرها على قبضه (وان هلك المبيع في يده المشتري وهو غيره مكره والبائع مكره ضمن قيمته للبائع) لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد

ومنه من جعله باطلا اعتباراً بالهزل ومشايخ سمرقند رجعهم الله جعلوه بيعاً باطلا فسد بعض الاحكام على ما هو المعتاد الحاجة اليه قال (فان كان قبض الثمن طوعاً فقد أجاز البيع) لانه دليل الاجازة كافي البيع الموقوف وكذا اذا سلم طائعا بأن كان الاكراه على البيع لا على الدفع لانه دليل الاجازة بخلاف ما اذا أكرهه على الهبة ولم يذ كر الدفع فهو ب كراهه حيث يكون باطلا لان مقصود المكره الاستحقاق لا مجرد اللفظ وذلك في الهبة بالدفع وفي البيع بالعقد على ما هو الاصل فدخل الدفع في الاكراه على الهبة دون البيع قال (وان قبضه مكرها فليس ذلك باجازة وعليه رده ان كان قائما في يده) لفساد العقد قال (وان هلك المبيع في يده المشتري وهو غيره مكره ضمن قيمته للبائع) معناه والبائع مكره لانه مضمون عليه بحكم عقد فاسد

(قوله ومنهم من جعله بيعاً باطلا اعتباراً بالهزل الخ) أقول لا يخفى على من يعرف معنى الهزل أن بهذا القدر لا يكون المتكامل هازلاً (قوله فكان لكل منهما أن يفسخ بغير رضا صاحبه) أقول اذا كان

هذه العقود التراضي الى قوله فيفسد لا على قوله والا كراهية هذه الاشياء لعدم الرضا فيفسد لان قوله والا كراهية هذه الاشياء لعدم الرضا بعض الدليل بمنزلة الكبرى من غير الشكل الاول فعطف قوله وكذا الاقرار حجة الخ على تلك المقدمة من الدليل يقتضي المشاركة في المقدمة الاولى مع ان المذكور في حيز قوله وكذا الاقرار حجة دليل مستقل في حق فساد الاقرار بالا كراهية مستند بمقدمة من الدليل السابق كما يفصح عنه انتقري المذكور في النهاية والعناية فلو جبهه أن يكون معطوفاً على مجموع الدليل السابق لا على بعضه والذوق الصحيح يشهد بما ذكرناه كنه تدبر ترشد (قوله ومنهم من جعله باطلا اعتباراً بالهزل) قال بعض الفضلاء لا يخفى على من يعرف معنى الهزل ان بهذا القدر لا يكون المتكامل هازلاً اه (أقول) لم يقل من جعله باطلا لان المتكامل به هازل حقيقة حتى يتجه عليه ما ذكره ذلك القائل

باطلاً لا ينعقد والفسخ فرع الانعقاد (قوله الا اذا لم يخرج عن ملكه) أقول الضمير في ملكه راجع إلى المشتري بل قال المصنف (بخلاف ما اذا أكرهه على الهبة) أقول واذا أكرهه على الهبة والتسليم فالهبة فاسدة وان أكرهه على الهبة لا غير فسلم المكره بعد ذلك أو سلم والمكره حاضر فالقياس أن تجوز الهبة وتكون هبة طائع وفي الاستحسان لا تجوز ولو سلم والمكره غائب بحيث لا يعود جازت الهبة استحساناً وقياساً (قوله بناء على أصلنا ان فساد السبب لا يمنع وقوع الملك بالقبض) أقول هذا على إحدى الروايتين وعلى الرواية الاخرى لا يثبت الملك بالقبض في الهبة الفاسدة على ما ذكره العلامة الاتقاني في باب أحكام البيع الفاسد فيجوز أن يكون كلام المصنف مبني على تلك الرواية وفي البرازية في كتاب الهبة أيضاً تفصيل متعلق بالمقام فالتوى ما ذكرنا ذهاباً ترجيح رواية عدم ثبوت الملك (قوله والفرق الى قوله وفي البيع بالعقد) أقول فيه بحث لان تعلق الاستحقاق في البيع الفاسد أيضاً بالقبض على ما مر في أحكام البيع الفاسد والبيع المكره عليه فاسد تأمل في جوابه ليظهر لك فان المراد ما يتعلق به الاستحقاق في أصل الوضع وقد صرح به في بعض الشروح ونبه عليه المصنف بقوله على ما هو الاصل ثم لا يخفى عليك أن الاكراه اذا كان على البيع الفاسد ينبغي أن يكون حكمه حكم الهبة المكره عليها الا أن يقال البيع في أصل الوضع يتعاقب به الاستحقاق وعدم الاستحقاق لعرض كخيار الشرط والشرط الفاسد لا يضر وهذا هو الصحيح

لعدم الرضا كما تقدم وما هو كذلك فهو مضمون بالقيمة (والمكره بالخيار ان شاء ضمن المكره لان المكره آله فمبارجع الى الاتفاق) وان لم يصلح آله من حيث الكلام فان التكلم بلسان الغير لا يتصور (فكان المكره يدفع مال البائع الى المشتري وان شاء ضمن المشتري) لان الهلاك حصل عنده فكان كل واحد منهما أحدث سببا للضمان (كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجوع على المشتري بقيمته لقيامه مقام البائع) بأداء الضمان (وان ضمن المشتري) يعني أي مشتر كان بعد الاول (نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناهضته العقود) أي تداولته (لانه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذ ما كان له قبله لان الاستناد الى وقت قبضه) وقال الشارحون وان ضمن المشتري يعني في صورة الغصب وما عرفت الحامل لهم على ذلك فانه وان كان صحيحا لكن كلام المصنف انما هو على شقي التريدين تضمين المكره والمشتري وكلامه في الغاصب من جهة التمثيل لامن حيث الاصله فان قيل ما الفرق بين تضمينه مشتريا واجازته عند ادائها حيث اقتصر النفاذ ههنا على ما كان بعده وعم الجميع هناك أجاب بقوله (لانه أسقط حقه) يعني في صورة الاجازة (وهو) أي حقه هو (المانع فعاد الكل الى الجواز) فان قيل ما الفرق بين اجازة المكره واجازة الغاصب منه فانه اذا أجاز بيعا من البيوع نفذ ما أجاز خاصة أوجب بأن الغصب لا يزيل ملكه فكل بيع من هذه البيوع توقف على اجازته به لمصادفته ملكه (٣٩٧) تكون اجازته أحد البيوع فليكن كالغير

من المشتري بحكم ذلك البيع فلا ينفذ ما سواه وأما المشتري من المكره فقد ملكه فالبيع من كل مشتري مصادف ملكه وانما توقف نفوذه على سقوط حق المكره في الاسترداد وفي هذا لا يفرق الحال بين اجازته البيع الاول والاخر فلهذا نفذ البيوع كلها باجازه عقدا منها وانما أعلم

**فصل** لما ذكر حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته

(وللمكره أن يضمن المكره ان شاء) لانه آله فمبارجع الى الاتفاق فكان يدفع مال البائع الى المشتري فيضمن أي ما شاء كالغاصب وغاصب الغاصب فلو ضمن المكره رجوع على المشتري بالقيمة اقيامه مقام البائع وان ضمن المشتري نفذ كل شراء كان بعد شرائه لو تناهضته العقود لانه ملكه بالضمان فظهر أنه باع ملكه ولا ينفذ ما كان له قبله لان الاستناد الى وقت قبضه بخلاف ما اذا أجاز المالك المكره عقدا منها حيث يجوز ما قبله وما بعده لانه أسقط حقه وهو المانع فعاد الكل الى الجواز والله أعلم

**فصل** (وان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر أو كره على ذلك بحبس أو ضرب أو قيد لم يحل له الآن يكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضوم أعضائه فاذا خاف على ذلك وسعه أن يقدم على ما أكره عليه) وكذا على هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كافي الخمصة لقيام المحرم فيما وراهها ولا ضرورة الا اذا خاف على النفس أو على العضو

بل قال انه كالأهزل بناء على ان المتكلم بلفظ البيع هناك لا يقصد معنى البيع والافلاش أن من شرط كون المتكلم هازلا حقيقة أن تجري المواضعة قبل العقد بأن يقال نحن نتكلم بلفظ العقد هازلا كما تقر في علم الاصول وفي صورة بيع الوفاء لا يوجد ذلك لشرط قطع ما يرشد الى كون المراد ما ذكرناه قوله اعتبار اهزال فان معناه قياسا على الهزل ولا ريب ان القياس انما يتصور بين الشبهتين المتغايرين بحسب الذات المشتر كين في العلة

**فصل** قال أكثر الشراح لما ذكر حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد شرع في بيان حكم الاكراه

(٣٨ - تكمله سابع) وذكر فيه الاكراه الملجئ وهو الذي يخاف فيه تلف النفس أو عضوم الاعضاء وغير الملجئ وهو الاكراه بالحبس والضرب بالسير والتقييد والاول معتبر شرعا سواء كان على القول أو الفعل والثاني ان كان على فعل يسير فليس بمعتبر ويجعل كأن المكره فعل ذلك الفعل بغير اكراه وان كان على قول فان كان قول لا يستوى فيه الجرد والهزل فكذلك والاف هو معتبر فعلى هذا (ان أكره على أن يأكل الميتة أو يشرب الخمر بحبس أو ضرب) يسير لا يخاف منه تلف النفس أو العضو (أو قيد لم يحل له) الاقدام على ذلك (وان أكره بما يخاف منه على نفسه أو على عضوم أعضائه وسعه ان يقدم وعلى هذا الدم ولحم الخنزير لان تناول هذه المحرمات انما يباح عند الضرورة كافي الخمصة لقيام المحرم فيما وراهها ولا ضرورة) عند عدم الخوف على النفس أو العضو

قال المصنف (لان الاستناد الخ) أقول أي استنادنا إلى المشتري قال صدر الشرع في شرح الوقاية فيستند الى حين العقد لا قبله انتهى وفيه ما لا يخفى (قوله وما عرفت الحامل لهم على ذات الخ) أقول لا يقال الحامل هو قول المصنف لانه ملكه بالضمان فان المشتري في صورة الاكراه يملكه بالقبض لان قوله ملكه مجاز عن نقر ملكه بحسب تناسق اليه ذهن كل أحد لوضوح القرينة فلا يكون حاملا على العدول عن المنهج الواضح ثم اعلم أن ائمة ما في قوله وما عرفت نافية

**فصل** (قوله اقيام المحرم فيما وراهها) أقول الضمير في وراهها راجع الى الضرورة في قوله انما يباح عند الضرورة



( حتى لو خاف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه أبجعه ذلك ولا يسهه أن يصبر على ما توعد به ) وأشار إلى أن الملبس يتنازع من غيره لعلبة  
الظن لان بدن الانسان في احتمال ( ٢٩٨ ) الضرب متفاوت وليس معه نص مقدري يعتبر فيه غالب رأي من ابتلي به ولا معتبر عن

قد رفي ذلك أدنى الحد وهو  
أربعون فقال ان تهدد  
بأقل منها لم يسهه الاقدام  
لان الأقل مشروع بطريق  
التعزير والتعزير يفهم على  
وجه الزجر لا التلاف لان  
ذلك نصب المقدار بالرأى  
وهو لا يجوز ( فان صبر حتى  
أوقعوا به ) أى قتلوه أو أفلخوا  
عضوه ( ولم يتناول ) وعلم  
بالإباحة ( فهو آثم لانه لما  
أبج ) من حيث ان حرمة  
هذه الاشياء كانت باعتبار  
خلل يعود الى البدن أو  
العقل أو العضو وحفظ  
ذلك مع قوت النفس غير  
ممكّن ( كان بالامتناع عن  
الاقدام معاونا لغيره على  
هلاك نفسه فبأنه كافي  
حالة الخصصة وعن أبى  
يوسف رحمه الله أنه لا يأثم  
لان الاقدام على ذلك  
رخصة اذا حرمة ) بصفة أنها  
ميتة أو خمر وهى ( فائقة  
( إذا امتنع ) كان آخذا  
بالعزيمة فلا يأثم قلنا  
لاننا لم أن الحرمة فائقة  
لان الله تعالى استثنى  
حالة الاضطرار ) فقال وقد  
فصل لكم ما حرم عليكم  
الاما اضطررتم اليه  
( والاستثناء تكلم بالباقي  
بعد الثبوت ) فكان لبيان أن  
المستثنى لم يدخل في صدر

حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه بباح ذلك ( ولا يسهه أن يصبر على ما توعد به فان  
صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم ) لانه لما أبج كان بالامتناع عنه معاونا لغيره على هلاك نفسه فبأنه  
كافي حالة الخصصة وعن أبى يوسف أنه لا يأثم لانه رخصة اذا حرمة فائقة فكان آخذا بالعزيمة قلنا حالة  
الاضطرار مستثناة بالنص وهو تكلم بالحاصل بعد الثبوت فلا يحرم فكان إباحة لا رخصة  
الواقع في حقوق الله تعالى وقدم الاول لان حق العبد مقدم لحاجته انتهى ( أقول ) فيه كلام وهو أنه قد  
ذكر في هذا الفصل حكم الاكراه الواقع في حقوق العباد أيضا كافي مسألة الاكراه على اتلاف مال مسلم  
بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضو من أعضائه وكافي مسألة الاكراه بقتل على غيره فلم يتم  
ما ذكره بالنظر الى مثل ذلك فالاشبه ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال انما فصل بفصل لان  
ما تقدم مما يحل فعله قبل الاكراه ومسائل الفصل ليست كذلك لانها محظورة قبل الاكراه في حالة  
السعة ( قوله حتى لو خيف على ذلك بالضرب وغلب على ظنه بباح ذلك الخ ) أقول في قوله بباح ذلك  
اشكال فان المباح ما استوى طرفاه وتركه كما تقر في علم الاصول وفيما نحن فيه اذا خفف على النفس  
أو على العضو كان طرف الفعل راجعا بل فرضا كما صرح به في كتب الاصول فاطلاق المباح على ذلك  
مع كونه منافيا لما تقر عندهم في تفسير معنى المباح مخالف لما صرحوا به في كتب الاصول من كون  
ذلك فرضا تأمل ( قوله ولا يسهه أن يصبر على ما توعد به فان صبر حتى أوقعوا به ولم يأكل فهو آثم ) قال  
في العناية فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فساد الجواب ان المباح انما  
يجوز تركه والاثبات به اذا لم يترتب عليه محرم وهما قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار تركه حراما  
لان ما أفضى الى الحرام حرام انتهى ( أقول ) في الجواب بحث لانه ان أريد به أن المباح ههنا حال كونه  
مباحا صار تركه حراما لا فضائه الى الحرام فهو ممنوع جدا كيف والمباح ما استوى طرفاه لعله وتركه وما  
صار طرف تركه حراما لا يستوى طرفاه قطعاف لوصار تركه حراما حال كونه مباحا لزم اجتماع استواء  
الطرفين وعدمه في محل واحد في حالة واحدة وهو محال وان أريد به أن ما كان مباحا في حالة قد يصير  
تركه حراما في حالة أخرى لعللة تقتضى ذلك فينقلب واجبا فهو مسلم ولكن ما نحن فيه ليس من هذا  
القبيل لان نحو كل الميتة وشرب الخمر انما كان مباحا حالة الاضطرار دون حالة الاختيار كما صرحوا به  
ولاشك أن صيرور تركه حراما انما هي في حالة الاضطرار أيضا وفي حالة الاختيار يصير تركه واجبا  
قطعا فلزم أن تجتمع إباحة وحرمة تركه في حالة واحدة فلا يتصور الانقسام من الإباحة الى الوجوب  
بحسب الحالتين فيما نحن فيه لا يقال سبب استواء الطرفين فيما نحن فيه هو الإباحة الأصلية حيث لم  
يتناول النص المحرم باستثناء حالة الاضطرار وسبب حرمة الترك فيه المستثناة لعدم استواء الطرفين  
انما هو افضاء الترك فيه الى قتل النفس المحرم أو الى قطع العضو المحرم فلا استحالة في اجتماع استواء  
الطرفين وعدم استوائهما فيه في حالة واحدة لاننا نقول استواء الطرفين وعدم استوائهما متناقصان  
قطعا فيستحيل اجتماعهما في شيء واحد في حالة واحدة سواء كانا مستثنين الى سبب واحد أو الى  
سببين ونظير هذا ما حققه الفاضل الشريف في شرح المواقف في مباحث العلة والمعلول فانه لما  
استدلوا على أن الواحد بالشخص لا يعمل بعلمين مستقلين بأنه لو عمل بهما كان محتاجا الى كل واحد  
منهما ومستغنيا عن كل واحد منهما في زمان واحد قال لا يقال منشأ الاحتياج الى كل واحد منهما

الكلام ( فلا يحرم ) حينئذ ( فكان إباحة لا رخصة ) فامتناعه من تناول كامتناعه من تناول الطعام الحلال حتى  
تلفت نفسه أو عضوه فكان آثما

( قوله حتى لو خاف على ذلك ) أقول أى النفس والعضو ( قوله لان ذلك نصب الخ ) أقول هذا ناظرا الى قوله ولا معتبر عن قدر في ذلك أدنى الحد

(لكنه انما ياثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء) لانه امر يختص بهرقة الفقهاء (فيحذر) أو ساط الناس (بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الاسلام أو في دار الحرب) فان قيل اضافة الاثم الى ترك المباح من باب فساد الوضع وهو فاسد فالجواب أن المباح انما يجوز تركه والاثيان به اذا لم يترتب عليه محرم وههنا قد ترتب عليه قتل النفس المحرم فصار الترك حراما لأن ما أفضى الى الحرام حرام قال (وان أكره على الكفر بالله والعباد بالله الخ) اعلم أن كل ما لا يعتبر كراهيا في تناول الميتة والخمر لا يعتبر كراهيا في اجراء كلمة الكفر على الانسان لان حرمة الكفر أشد فاذن أكره على ذلك بما لا يخاف به على النفس أو العضو ولا يصح الاقدام عليه واذا خاف على ذلك جازله أن يظهر ما أمر به من اجراء كلمة الكفر لكنه يورى والتورية أن يظهر خلاف ما يضر بخزان يكون المراد بها ههنا اطمئنان القلب وجاز أن يكون الاثيان بلفظ يحتمل معنيين فان أظهر (٣٩٦) ما أمر به موريا كان أو غيره على

المعنى الثاني وقلبه مطمئن بالايان لم ياثم لحديث عمار ابن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلى به وقد قال النبي صلى الله عليه وسلم كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايان قال فان عادوا فعند وفيه نزل قوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايان وقصته معروفة ومعنى قوله عليه الصلاة والسلام فعد عدو الى طمأنينة القلب لا الى الاجراء والطمأنينة جميعا

(قوله فصار الترك حراما) أقول فكان الفعل واجبا والمباح ما استوى طرفاه هذا خلف وان أراد أنه قد يتقلب واجبا فلا يصح ذلك فيما نحن فيه اذ الذي فرضناه سبب الاباحة هو سبب الوجوب بعينه

الا أنه انما ياثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة لان في انكشاف الحرمة خفاء فيعذر بالجهل فيه كالجهل بالخطاب في أول الاسلام أو في دار الحرب قال (وان أكره على الكفر بالله تعالى والعباد بالله أو سب رسول الله صلى الله عليه وسلم بقصد أو جبر لم يكن ذلك اكراه حتى يكره بأمر يخاف منه على نفسه أو على عضوه من أعضائه) لان الاكراه بهذه الاشياء ليس باكراه في شرب الخمر لما مر في الكفر وحرمة أشد أولى وأحرى قال (واذا خاف على ذلك وسعه أن يظهر ما أمر به و يورى فان أظهر ذلك وقلبه مطمئن بالايان فلا اثم عليه) لحديث عمار بن ياسر رضي الله عنه حيث ابتلى به وقد قال له النبي عليه الصلاة والسلام كيف وجدت قلبك قال مطمئنا بالايان فقال عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعند وفيه نزل قوله تعالى الا من أكره وقلبه مطمئن بالايان الآية

هو عليه السلام ومنشأ عدم الاحتياج اليها عملية الأخرى فلا استتمالة في اجتماعهما لاننا نقول احتياج الشيء الى آخر في وجوده وعدم احتياجه اليه فيه متناقضان فلا يجتمعان سواء كانا مستنديين الى سبب واحد أو الى سببين انتهى كلامه فقد ظهر بما قررناه مافي كلام بعض الفضلاء أيضا في هذا المقام فليست نظرية وليتأمل فيه (قوله الا أنه انما ياثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة) قال تاج الشريعة هذا جواب اشكال كأنه يقول اذا ثبت اباحته ينبغي أن لا ياثم اذا الانسان لا ياثم بترك المباح فأجاب عنه بأنه ياثم اذا علم بالاباحة ولم يأكل حتى تلف لانه يصير ساعيا في اتلاف نفسه انتهى واقفي أثره الشارح العيني (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن كلام المصنف هـ هذا لا يصلح أن يكون جوابا عن ذلك الاشكال إذ لا ممانعة للعلم في أن لا ياثم الانسان بترك المباح فان المباح من حيث انه مباح لا ياثم الانسان بتركه وان علم باحته بل بالعلم باباحته ينكشف عدم الاثم في تركه فكيف يحصل الجواب بقوله الا أنه انما ياثم اذا علم بالاباحة في هذه الحالة عما يقال اذا ثبت اباحته ينبغي أن لا ياثم اذا الانسان لا ياثم بترك المباح فالوجه أن قول المصنف هذا انما هو لبيان أن الحكم بالاثم على تقدير الصبر وترك الاكل في مسئلتنا هذه ليس على اطلاقه بل فيما اذا علم بالاباحة في هذه الحالة وأما اذا لم يعلم بها فلا اثم عليه في تركه لكونه معذورا بالجهل في أمثال هذا بناء على الخفاء (قوله فقال عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعدا الخ) قال جهور الشراح معنى قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعدا عادوا الى الاكراه فعدا

وجوابه المنع فان الاباحة أصلية حيث لم يتناول النص المحرم فتأمل (قوله فيما زان يكون المراد بها ههنا اطمئنان القلب) أقول فيه مسامحة (قوله وجاز أن يكون الاثيان به ظ يحتمل معنيين الخ) أقول قد يكون الاكراه على سجود الصائم أو الصليب مثلا ولا يصح التورية بهذا المعنى فيه في أحكام القرآن قال محمد بن الحسن اذا أكره الكفار أن يشتم محمد صلى الله عليه وسلم فحط به الله أن يشتم محمد آخر غيره فلم يفعل وقد شتم النبي عليه الصلاة والسلام كان كافرا وكذلك لو قيل له لتسجدن لهذا الصليب فحط به الله أن يجعل السجود لله فلم يفعل وسجد للصليب كان كافرا فان أعجموه عن الروية ولم يخطر بباله شيء ففعل ما أكره عليه أو قال لم يكن كافرا اذا كان قلبه مطمئنا بالايان انتهى (قوله على المعنى الثاني) أقول يعني هذا التريد والتسوية بين كونه موريا أو غيره في التورية بالمعنى الثاني لا الاول فانه لا بد منه

لأن أدى درجات الامر بالإباحة ( ٣٠٠ ) فيكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لأن الكفر مما لا تنكشف حرمة وموضه

ولأن بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة اقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه قال ( فان صبر حتى قتل ولم يظهر الكفر كان مأجورا ) لأن خييارضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله هو رفيق في الجنة

طمانينة القلب لا الى اجراء كلمة الكفر والطمانينة جميعا كما زعم البعض لأن أدى درجات الامر بالإباحة فيلزم أن يكون اجراء كلمة الكفر مباحا وليس كذلك لانه لا تنكشف حرمة أصله انتهى وعزاه في النهاية ومعراج الدراية الى مبسوط شيخ الاسلام وأورد عليه بعض الفضلاء بأن قال فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة النسفي في أول كتاب الطلاق من الكافي الامر بالشئ لا ينفي الخطر فان المخطور قد يرضى بصيغة الامر حتى لا يقع في محذور فوجه كالحث في اليمين وقطع الصلاة الى آخر ما ذكره هناك فلم لا يجوز أن يكون ما ذكره هنا كذلك انتهى ( أقول ) مراد الشراح أن أدنى درجات ما استعمل فيه صيغة الامر حقيقة هو الإباحة وانما استعمل في الترخيص ونحوه مجازا ولا بد في المجاز من قرينة صارفة عن الحمل على الحقيقة وفيما نحن فيه لم توجد تلك القرينة فلا جرم نعملها على الحقيقة وحقيقة الامر انما تتصور ههنا بصرف الاعادة الى الطمانينة دون اجراء كلمة الكفر لما بينوا وعن هذا قال العلامة النسفي ههنا أي عدلى طمانينة القلب بالايمان وما قيل فعدى ما كان منك من النبل منى وذ كراهم بخير فغلط لانه لا يظن برسول الله صلى الله عليه وسلم أنه يأمر بالتكلم بكلمة الشرك الى هنا كلامه ( قوله ولأن بهذا الاظهار لا يفوت الايمان حقيقة لقيام التصديق وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فيسعه الميل اليه ) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام قوله ولأن بهذا الاظهار دليل معقول ووجهه ان الايمان لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة لأن الركن الاصلى فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرًا لأن التكرار ليس بشرط وفي الامتناع فوت النفس حقيقة فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما فيسعه الميل الى احياء حقه ( أقول ) في تقريره خلل أما أولا فان قوله لان التكرار ليس بشرط في تعليل قوله وهو قائم تقديرًا ليس بسديد لان عدم اشتراط التكرار لا يستدعي قيام الاقرار تقديرًا اذ لا بد فيه من أن لا يطرأ عليه ما يضاذه كما تقرر في موضعه والمفروض ههنا طرأ بانه عليه اذ الكلام في اظهار كلمة الكفر وهو مضاد للاقرار باللسان فان قلت اظهارها اكرها لا يضاذه الاقرار طواعية وانما يضاذه اظهارها طواعية قلت ههنا مبني على جواز اظهارها حاله الا كراهه وهو أول المسئلة فأخذ في أثناء اقامة الدليل على ما صدره فهذا ظهر سقوط ما قاله بعض الفضلاء ههنا انه ككلام الناسي وجوده بمنزلة العدم فانه أيضا مبني على أول المسئلة فيستلزم المصادرة وأما ثانيا فلا ن قوله فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله تعالى توهما يشعر بعدم فوت حق الله تعالى حقيقة ههنا أصلا وليس كذلك اذ لو افوت حقه تعالى حقيقة أصلا لما كان مأجورا فاما اذ صبر حتى قتل ولا نسلم قول المصنف فيما سأل ولأن الحرمة باقية اذ الظاهر أن الحرمة لا تثبت بمجرد فوت حقه تعالى بدون أن يفوت حقيقة بل التحقيق أن اجراء كلمة الكفر على اللسان حرام في كل حال لا يسقط عنه الحرمة أصلا وأن فيه ترك حق من حقوق الله تعالى بل هو كفر بصورة في حالة الاكراه وكفر بصورة ومعنى في حالة منهجة الاختيار كما صرح به في كتب الاصول الا أن المبطل بالا كراهه عليه يصير معذورا حالة الا كراهه فيسعه الميل اليه

أصول الفقه ( قوله ولأن بهذا الاظهار ) دليل معقول ووجهه أن الايمان ( لا يفوت بهذا الاظهار حقيقة ) لأن الركن الاصلى فيه هو التصديق وهو قائم حقيقة والاقرار ركن زائد وهو قائم تقديرًا لأن التكرار ليس بشرط ( وفي الامتناع فوت النفس حقيقة ) فكان مما اجتمع فيه فوت حق العبد يقينا وفوت حق الله توهما ( فيسعه الميل الى احياء حقه فان صبر ولم يظهر الكفر حتى قتل كان مأجورا لأن خييارضى الله عنه صبر على ذلك حتى صلب وسماه رسول الله صلى الله عليه وسلم سيد الشهداء وقال في مثله ) أي فيه وكلمة مثل زائدة ( هو رفيق في الجنة ) وقصته معروفة أيضا

( قوله لان أدنى درجات الامر بالإباحة الخ ) أقول فيه بحث فانه قد يكون الامر للترخيص قال العلامة النسفي في أول كتاب الطلاق من الكافي الامر بالشئ لا ينفي الخطر فان المخطور قد يرضى بصيغة الامر حتى لا يقع في محذور فوجه كالحث في اليمين وقطع الصلاة الى آخر ما ذكره هناك فلم لا يجوز أن يكون ما ذكره

عند

هنا كذلك فليتأمل فان للكلام مجالا ( قوله لان التكرار ليس بشرط ) أقول نعم لأن عدم طرأ بانه منافيه مشروط وههنا قد طرأ والجواب أنه ككلام الناسي وجوده بمنزلة العدم

(ولان الحرمة باقية) لتناهي قبح الكفر وبقاؤه واجب الامتناع (فكان الامتناع عزيزا لا عزالا دين بخلاف ما تقدم) من كل الميتة وشرب الخمر فان الحرمة هناك لم تكن باقية (الاستثناء) كما تقدم واعترض بأن اجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي أن يكون مباحا كأكل الميتة وشرب الخمر وأجيب بأن في الآية تقديم وتأخير وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدر افعلهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان فالتعالى ما أباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما وضع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم بعدم العلة كافي شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متأخر فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف عن الحكم (٣٠١) الذي هو معاوله وان كان المراد بها

السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كافي المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي الى أن الامر في قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعند الاباحة وقولهم لان الكفر مما لا يكشف حرمة صحيح ولكن الكلام في اجراء كلمة الكفر مكرها لافي الكفر

ولان الحرمة باقية والامتناع لا عزالا دين عزيزا بخلاف ما تقدم للاستثناء (قوله ولان الحرمة باقية والامتناع لا عزالا دين عزيزا بخلاف ما تقدم للاستثناء) واعترض عليه بأن اجراء كلمة الكفر أيضا مستثنى بقوله الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان من قوله من كفر بالله من بعد ايمانه فينبغي أن يكون مباحا كأكل الميتة وشرب الخمر وأجيب بأن في الآية تقديم وتأخير وتقديره من كفر بالله من بعد ايمانه وشرح بالكفر صدر افعلهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم الامن أكره وقلبه مطمئن بالايمان فالتعالى ما أباح اجراء كلمة الكفر على لسانهم حالة الاكراه وانما وضع عنهم العذاب والغضب وليس من ضرورة نفي الغضب وهو حكم الحرمة عدم الحرمة لانه ليس من ضرورة عدم الحكم بعدم العلة كافي شهود الشهر في حق المسافر والمريض فان السبب موجود والحكم متأخر فجاز أن يكون الغضب منتفيا مع قيام العلة الموجبة للغضب وهي الحرمة فلم يثبت اباحة اجراء كلمة الكفر كذا في عامة الشروح وعزاه في النهاية الى مبسوط شيخ الاسلام قال صاحب العناية بعد ذكر السؤال والجواب وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معاوله وان كان المراد بها السبب الشرعي كما مثل به فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخيره كافي المثال المذكور من قوله تعالى ومن كان مريضا أو على سفر فعدة من أيام أخر ولا دليل فيما نحن فيه على ذلك اه (أقول) هذا النظر ساقط جدا فانه يصح أن نختار كل واحد من شقي التردد ولا يلزم محذور أصلا لا يجوز أن يراد بالعلة ما هو المصطلح عليه في علم الأصول وهو ما كان خارجا عن الشيء مؤثرا فيه قوله فذلك ممتنع التخلف عن الحكم الذي هو معاوله ممنوع فان وجوب مقارنة العلة الشرعية للعلة انما هو في بعض أقسامها وهو ما كان علة اسما ومعنى وحكاية دون بعضها الآخر وهو ما كان علة اسما فقط أو اسما ومعنى كما تقر ذلك كله في علم الأصول فيجوز أن تكون العلة فيما نحن فيه من قبيل الثاني فلا يمتنع التخلف ويجوز أن يراد بها السبب الشرعي كما هو الظاهر من التمثيل وهو ما كان خارجا عن الشيء ولم يكن مؤثرا فيه بل كان موصلا

وقلبه مطمئن بالايمان) أقول يعني لان سلم أن الاستثناء مما ذكر ثم لا يجوز أن يكون من قوله تعالى فعلهم غضب من الله ولهم عذاب عظيم ولكنه فصل سند المنع بعض التفصيل وأنت خبير بأن اعتبار التقديم والتأخير خلاف الظاهر لا يصار اليه الا لدليل (قوله كافي شهود الشهر في حق المسافر والمريض) أقول الاظهر أن يقول كافي صورة انعقود فان الحكم قياما كره ليس معدوما بل متراخ نعم هو معدوم الآن (قوله وفيه نظر لان المراد بالعلة ان كان هو المصطلح فذلك ممتنع التخلف) أقول ذلك في العلة اسما ومعنى وحكاية دون العلة اسما فقط أو اسما ومعنى كما فصل في الأصول (قوله وعن هذا ذهب أبو بكر الرازي الى أن الامر في قوله عليه الصلاة والسلام فان عادوا فعند الاباحة) أقول قال في أحكام القرآن وقول النبي عليه الصلاة والسلام لعمار رضي الله عنه ان عادوا فعند انما هو على وجه الاباحة لا على وجه الايجاب ولا على التذنب روى القاضي في تفسيره هذا اللفظ فان عادوا لك فعند لهم بما قلت وكذا غيره من المفسرين فلا يجال لما ذكره المصنف من التأويل الالبته كلف بعيد (قوله ولكن الكلام في اجراء كلمة الكفر مكرها لافي الكفر) أقول اجراء كلمة الكفر كفر وان كان مكرها غايته انه لا يترتب حكم الكفر عليه ولذا قيل الاقرار ركن زائد والتفصيل في الأصول



قال (وان أكره على اتلاف مال مسلم) وان أكره رجل على اتلاف مال مسلم (بأمر يخاف على نفسه أو على عضوم أعضائه جازله أن يفعل ذلك لان مال الغير يستباح للضرورة كإفائه حالة الخمصة وقد تحققت ولصاحب المال أن يضمن المكره لان المكره آله للمكره فيما يصلح آله والالتلاف من هذا القبيل) لان المكره يمكنه أن يأخذ المكره وبلقيه على المال فيستلفه وقوله فيما يصلح احترازا عن الاكل والتسكام والوطء فانه فيما لا يصلح آله (وان أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه بل يصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما لان قتل المسلم) بغير حق (عما لا يستباح للضرورة ما فكذا بالاكراه) وهذا لا نزاع فيه وأما وجوب القصاص ففيه أربعة أقوال بحسب القسمة العقلية فانه إما أن كان يجب على المكره والمكره جميعا ألا يجب على واحد منهما أو يجب على المكره وحده أو على العكس والاول قول الشافعي رحمه الله والثاني قول أبي يوسف رحمه الله والثالث قول أبي حنيفة رحمه الله والرابع قول زفر رحمه الله انه أن الفعل من المكره حقيقة لصدوره (٣٠٣) منه بغير واسطة وحسب آفته معان مشاهد وكذا شرعا لانه قرع عليه حكمه وهو الاثم

قال (وان أكره على اتلاف مال مسلم بأمر يخاف على نفسه أو على عضوم أعضائه وسعه أن يفعل ذلك) لان مال الغير يستباح للضرورة كإفائه حالة الخمصة وقد تحققت (ولصاحب المال أن يضمن المكره) لان المكره آله للمكره فيما يصلح آله والالتلاف من هذا القبيل (وان أكرهه بقتله على قتل غيره لم يسعه أن يقدم عليه ويصبر حتى يقتل فان قتله كان آثما) لان قتل المسلم عما لا يستباح للضرورة ما فكذا بهذه الضرورة قال (والقصاص على المكره ان كان القتل عمدا) قال رضي الله عنه وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال زفر يجب على المكره وقال أبو يوسف لا يجب عليه ما قال الشافعي يجب عليه ما لزفر أن الفعل من المكره حقيقة وحسب وقرر الشرع حكمه عليه وهو الاثم بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فأضيف الى غيره وبهذا يمتسك الشافعي في جانب المكره ويوجب له على المكره أيضا لوجود التسبب الى القتل منه وللتسبب في هذا الحكم المباشرة عنده كإفائه قصاص ولا يوجب أن القتل بقى مقصورا على المكره من وجه نظرا الى التأنيم وأضيف الى المكره من وجه نظرا الى الحمل فدخلت الشبهة في كل جانب ولهما أنه محمول على القتل بطبعه ايثار الحيانة فيصير آله للمكره فيما يصلح آله وهو القتل بأن يلقيه عليه ولا يصلح آله في الجناية على دينه فيبقى الفعل مقصورا عليه في حق الاثم

فإيجاب القصاص على غيره غير معقول وغير مشروع بخلاف الاكراه على اتلاف مال الغير لانه سقط حكمه وهو الاثم فلم يكن مقصرا عليه شرعا فجاز اضافته الى غيره وبهذا يمتسك الشافعي رحمه الله في جانب المكره ويوجب له على المكره أيضا لوجود التسبب الى القتل منه وللتسبب في هذا أى في القتل حكم المباشرة عنده كما اذا شهدا على رجل بالقتل العمد فاقتص من المشهود عليه فجاء المشهود بقتله حيا فانه يقتل الشاهدان عنده للتسبب ولقائل ان يقول في كلام المصنف تسامح لان دليل زفر يدل على عدم جواز اضافة القتل الى غير المكره فكيف يجعل ذلك دليلا

اليه في الجملة وقوله فانما يتخلف الحكم عنه بدليل آخر شرعي يوجب تأخير عن منع بل السبب الشرعي مطلقا من حيث انه سبب يجوز تخلف الحكم عنه اذ لا بد أن يتوسط بينه وبين الحكم علة فالتمسك بتلك العلة لا يتحقق الحكم بمجرد السبب وهذا أيضا مع كونه مقررا في علم الاصول مفهوم من نفس معنى السبب الشرعي فان الاصل في الجملة كيف يستلزم تحقق الحكم والمثال المذكور في الجواب ليس في معرض التعليل لتخلف الحكم عن السبب الشرعي بل هو موسوق بمجرد التمثيل فتحقق دليل شرعي يدل على جواز تأخير الحكم هناك لا يقتضى قيام دليل شرعي على جواز ذلك في كل صورة على حدة على أنه يمكن أن يجعل حديث خبيب دليل على بقاء الحرمة فيما نحن فيه بعد أن نفي حكمه وهو الغضب فان خبيبارضى الله عنه لما أكره على اظهار كلمة الكفر فصر ولم يظهرها حتى قتل مدحه رسول الله صلى

للشافعي وهو يضيفه الى غيره أيضا والجواب أن دليله يدل على عدم جواز اضافته الى غير المكره مباشرة والشافعي يضيفه الى الغير تسبيبا فلا تنافي ولا يوجب رحمه الله أن القتل الحاصل من المكره يحتمل الاقتصار عليه والتعدي الى غيره نظر الى دليل زفر وأبي حنيفة ومحمد رضي الله عنهم لان تأنيم الشارع يدل على تقرير الحكم وقصره عليه وكونه محمولا على الفعل يدل على أنه كالألة والفعل ينتقل عنه وكل ما كان كذلك كان شبهة والقصاص يتدفع بها ولهما أنه محمول على القتل بطبعه ايثار الحيانة والمحمول على الفعل بطبع آله لان الآلة هي التي تعمل بالطبع كالسيف فان طبعه القطع عند الاستعمال في محله فيصير آله للمكره فيما يصلح آله وهو القتل بأن يلقيه عليه والفعل يضاف الى الفاعل لا الى الآلة فان قيل لو كان آلة لأضيف الاثم الى المكره كالقتل أجاب بقوله (ولا يصلح آله في الجناية على دينه فيبقى الفعل في حق الاثم مقصورا عليه

(قوله والجواب أن دليله الخ) أقول فيه بحث



كما تقول في الاكراه على الاعتاق) فان اعتاقه ينتقل الى المكروه من حيث اتلاف مال به العبد حتى وجبت عليه قيمة العبد و يقتصر عليه من حيث التكلم فانه لو انتقل اليه من حيث التكلم ايضا لم يقتض العبد (و) كما تقول (في) اكراه المجوسى على ذبح شاة الغير فان الفعل ينتقل الى المكروه من حيث الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا) واذا ظهر أن المكروه آله لا كرهه في القتل طهر الفرق بين ما نحن فيه وبين من أصابته مخصة فقتل انسانا أو كل لحيته حتى بقى هو حيا يثار الحيا به بطبعه فانه يجب عليه القصاص وان كان مضطرا كالمكروه لانه ليس عنه من يكون آله فيضاف الى نفسه واعلم أن صاحب النهاية رحمه الله قال (٣٠٣) سواء كان هذا المكروه الا امر

عاقلا أو معتوها أو غلاما غير بالغ نالقه ودعى الامر وعراه الى المبسوط ونسبه شيخ شخى علاء الدين عبد العزيز رحمه الله الى السهو وقال الرواية في المبسوط بفتح الراء دون كسرهما ونقل عن أبي اليسر في مبسوطه ولو كان الامر صريحا أو مجسوسا لم يجب القصاص على أحد لان القاتل في الحقيقة هذا الصبي أو المجنون وهو ليس بأهل لوجوب العقوبة عليه قال (وان) أكرهه على طلاق امرأته (وان) أكره الرجل على طلاق امرأته (أو) على (عتق عبده ففعل ذلك وقع ما أكرهه عليه عندنا خلافا للشافعى رحمه الله) فان تصرفات المكروه كلها باطلة الآن يكون اكراهه باجق (وقد مر) دليل الفريقين (في) الطلاق ويرجع على المكروه بقيمة العبد لانه صريح بأنه فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه) ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف يثبت في

كما تقول في الاكراه على الاعتاق وفي اكراه المجوسى على ذبح شاة الغير ينتقل الفعل الى المكروه في الاتلاف دون الذكاة حتى يحرم كذا هذا قال (وان) أكرهه على طلاق امرأته أو عتق عبده ففعل وقع ما أكرهه عليه عندنا خلافا للشافعى وقد مر في الطلاق قال (ويرجع على الذى أكرهه بقيمة العبد) لانه صريح آله فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه فله أن يضمه موسرا كان أو معسرا

الله عليه وسلم حيث سماه سيد الشهداء وقال هو رفيق في الجنة ولو لم تنق الحزمة أبدا في اظهار كلمة الكفر لما وسعه الصبر على ما توقعه من القتل ولما استحق المدح في ذلك لان في الامتناع عن المباح في تلك الحالة اعانة الغير على اهلاك نفسه وهى حرام فيلزم أن يأثم بذلك كما في حالة المخمصة كما مر (قوله) ويرجع على الذى أكرهه بقيمة العبد لانه صريح آله فيه من حيث الاتلاف فيضاف اليه) قال في العناية ومنع صلاحيته لذلك لان الاتلاف يثبت في ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آله في حق التلفظ فكذا في حق ما يثبت في ضمنه وأجيب بأن الاعتاق اتلاف وهو يصلح آله فيه والتلفظ قد ينفل عنه في الجملة كما في اعتاق الصبي فيصح أن يكون آله بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ اه (أقول) فيه نظر لان الانفصال في اعتاق الصبي انما هو من جهة ثبوت التلفظ بدون ثبوت الاعتاق وذلك لا ينافي ثبوت الاعتاق في ضمن التلفظ البتة وانما ينافيه عكس ذلك وهو أن يثبت الاعتاق بدون ثبوت التلفظ وهذا غير متحقق في صورة اعتاق الصبي فلم يتم التمثيل ولا التقريب وكان بعض الفضلاء عتبه لهذا حيث قال فيه تأمل فان الذى يثبت ثبوت الاعتاق لافي ضمن التكلم كما اذا ورث القريب اه (أقول) لكن فيه أيضا خلل فان الثابت في صورة ان ورث القريب انما هو العتق دون الاعتاق كما سر حوايه قاطبة وقد مر في كتاب الولا مفعلا والكلام ههنا في الاعتاق دون مجرد العتق كما لا يخفى فلا يتم التمثيل بتلك الصورة أيضا ولا التقريب \* ثم أقول لافائدة تحديد الانفصال أصلا في الجواب ههنا فان كون ثبوت الاتلاف فيما نحن فيه في ضمن التلفظ أمر مقرر لا يقبل الانكار فيكون مدار الورود السؤال المذكور لا محالة ولا يجدى شيئا في دفعه انفصال الاتلاف عن التلفظ في صورة أخرى فالحق عندى في الجواب أن يقال لا يلزم من عدم صلاحية المكروه لآلية في حق التلفظ عدم صلاحيته لها في حق ما يثبت في ضمنه وهو الاتلاف لان عدم صلاحيتها لها في حق التلفظ لعله امتناع التكلم بلسان الغير وهى غير متحققة في حق ما يثبت في ضمنه من الاتلاف فان المكروه يمكنه أن يأخذ ما يكره ويأقبه على المال فيتلغفه كما سر حوايه فيما مر (قوله) فله أن يضمه موسرا كان أو معسرا لانه ضمان اتلاف فلا يختلف باليسار والاعسار كذا في الكافي وغيره فان قيل ينبغي أن لا يضمن المكروه لانه ينف بعوس حصل للمكروه وهو الولا والادرف بعوض كالاتلاف أجيب بأن الاتلاف بعرض انما يكون كذا

ضمن التلفظ بهذا اللفظ وهو لا يصلح آله في حق التلفظ فكذا في حق ما يثبت في - منه وأجيب بأن الاعتاق اتلاف وهو يصلح آله فيه والتلفظ قد ينفل عنه في الجملة كما في اعتاق الصبي فيصح أن يكون آله بالنسبة الى الاتلاف دون التلفظ واذا صح كونه آله صححت الاضافة اليه (فله أن يضمه موسرا كان أو معسرا

(قوله) ونسبه شيخ شخى علاء الدين عبد العزيز الى السهو) أقول يريد شخه الامام العلامة قوام الدين عبد الله محمد بن أحمد السكاكى مصنف معراج الدراية في شرح الهداية (قوله) ومنع صلاحيته لذلك) أقول أشار بقوله لذلك الى قوله صريح آله من حيث الاتلاف وقوله والتلفظ قد ينفل عنه في الجملة كما في اعتاق الصبي) أقول فيه تأمل فان الذى يثبت ثبوت الاعتاق لافي ضمن التكلم كما اذا ورث القريب

ولاسعاية عليه) أما وجوب الضمان ففيما إذا قال المكره أركت بقولي هو عتقا مستقبلا كما طلب مني فإنه يعتق العبد قضاء وديانة  
و يضمن المكره قيمة العبد لأنه أتى بما أمر به على وفق ما أكرهه وكذا إذا قال لم يحضر بيالي سوى الاتيان بمطلوبه وان قال خطر بيالي  
الاخبار بالحريه فيما مضى كاذبا وأردت ذلك لانشاء الحريه يعتق العبد قضاء وديانة لأنه عدل عما أكره عليه فكان طائعا في الاقرار  
فلا يصدقه القاضي في دعوى الاخبار كاذبا ولا يضمن المكره شيئا لان العبد يعتق بالاقرار طائعا لا بالاكره فان قيل ينبغي أن لا يضمن  
المكره لأنه أتلف بعوض وهو الولاء والاتلاف بعوض كالاتلاف فالجواب أنا لا ننسلم أن الولاء عوض لأن سببه العتق على ملك المولى  
فكيف يكون المكره معوضا (٣٠٤) عما أتلفه بما لا تعلق له به أصلا سلمناه ولكن انما يكون كالاتلاف إذا كان العوض

ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج الى الحريه أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما ما  
ولا يرجع المكره على العبد بالضمان لانهم أخذوا بتلافه

اتلاف إذا كان العوض مالا كالأول كره على كل طعام الغير فا كل فإنه لا ضمان على المكره لأنه حصل  
للمكره عوض أو كان في حكم المال كما في منافع البضع إذا أتلفها مكرها لان منافعه تعدد مالا عند  
الدخول والولاء ليس كذلك لأنه بمنزلة النسب ألا ترى ان شاهد ذي الولاء إذا رجعا لا يضمنان كذا  
في الشروح (أقول) هذا الجواب يشكك بما لو أكره على شراء ذي رحم منه فعتق عليه فإن المكره  
لا يرجع هناك بقيمة العبد على المكره بناء على أنه حصل له عوض هو صلة الرحم نص عليه في البدائع  
ولا يذهب عليك أن صلة الرحم ليست بمال كالولاء أما حقيقة فظاهر وأما حكمها فسلالة لم يقل به أحد  
كما قالوا في منافع البضع عند الدخول فتأمل (قوله ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج  
الى الحريه أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما) بخلاف المريض إذا اعتق عبده وعليه دين لأن  
السعاية تجب ثمه لحق الغرماء وبخلاف الرهن إذا أعتق المرهون وهو معسر فإنه تجب السعاية لحق  
المرتبه من كذا في الكافي وعامة الشروح قال صاحب العناية بذلك بخلاف ما إذا كان العبد  
مرهونا فأكره الرهن على اعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتبه به اه  
(أقول) لم أر ما ذكره من وجوب السعاية على العبد إذا أكره الرهن على اعتاقه في شيء من كتب الفقه  
سوى شرح تاج الشريعة له هذا الكتاب فإنه قال فيه ههنا ولا يتعلق بالعبد حق الغير بأصاحته يحتاج  
الى السعاية لذلك مثل أن يكون مرهونا فأكره الرهن على اعتاقه وهو معسر فإنه تجب السعاية على العبد  
السعاية لتعلق حق المرتبه برقبته وأما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شيء اه ولعله  
غلط وقع من تاج الشريعة فاعتبر به صاحب العناية لأن مجرد تعلق حق الغير بالعبد المعتق لا يوجب  
السعاية عليه بل لا بد من أن لا يقدر معتقه على إيفاء ذلك الحق ولهذا قالوا إذا أعتق الرهن العبد  
المرهون وهو معسر تجب السعاية على العبد لحق المرتبه حيث زادوا قيد العسر ولا يخفى ان الرهن  
فيما إذا أكره على اعتاق عبده المرهون ففعل بقدر على إيفاء حق المرتبه بما ضمنه المكره من قيمة  
ذلك العبد فإن له أن يضمه إياها لما ذكر في الكتاب فكان ينبغي أن لا تجب السعاية على العبد ثم ان  
قول صاحب العناية بخلاف ما إذا كان العبد مرهونا فأكره الرهن على اعتاقه الخ لا يكاد يصح ههنا  
لأن تلك الصورة داخله ههنا في إطلاق ما نحن فيه من مسألة الكتاب فكيف يصح الحكم بالمخالفة

مالا كالولاء كره على كل طعام الغير فا كل فإنه لا ضمان على المكره لأنه حصل  
للمكره عوض أو في حكم المال كما في منافع البضع إذا أتلفها مكرها لان منافعه تعدد مالا عند  
الدخول والولاء ليس كذلك لأنه بمنزلة النسب ألا ترى ان شاهد ذي الولاء إذا رجعا لا يضمنان كذا  
في الشروح (أقول) هذا الجواب يشكك بما لو أكره على شراء ذي رحم منه فعتق عليه فإن المكره  
لا يرجع هناك بقيمة العبد على المكره بناء على أنه حصل له عوض هو صلة الرحم نص عليه في البدائع  
ولا يذهب عليك أن صلة الرحم ليست بمال كالولاء أما حقيقة فظاهر وأما حكمها فسلالة لم يقل به أحد  
كما قالوا في منافع البضع عند الدخول فتأمل (قوله ولا سعاية على العبد لان السعاية انما تجب للتخريج  
الى الحريه أو لتعلق حق الغير ولم يوجد واحد منهما) بخلاف المريض إذا اعتق عبده وعليه دين لأن  
السعاية تجب ثمه لحق الغرماء وبخلاف الرهن إذا أعتق المرهون وهو معسر فإنه تجب السعاية لحق  
المرتبه من كذا في الكافي وعامة الشروح قال صاحب العناية بذلك بخلاف ما إذا كان العبد  
مرهونا فأكره الرهن على اعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية لتعلق حق الغير وهو المرتبه به اه  
(أقول) لم أر ما ذكره من وجوب السعاية على العبد إذا أكره الرهن على اعتاقه في شيء من كتب الفقه  
سوى شرح تاج الشريعة له هذا الكتاب فإنه قال فيه ههنا ولا يتعلق بالعبد حق الغير بأصاحته يحتاج  
الى السعاية لذلك مثل أن يكون مرهونا فأكره الرهن على اعتاقه وهو معسر فإنه تجب السعاية على العبد  
السعاية لتعلق حق المرتبه برقبته وأما ههنا فلم يتعلق حق الغير بالعبد فلا يجب عليه شيء اه ولعله  
غلط وقع من تاج الشريعة فاعتبر به صاحب العناية لأن مجرد تعلق حق الغير بالعبد المعتق لا يوجب  
السعاية عليه بل لا بد من أن لا يقدر معتقه على إيفاء ذلك الحق ولهذا قالوا إذا أعتق الرهن العبد  
المرهون وهو معسر تجب السعاية على العبد لحق المرتبه حيث زادوا قيد العسر ولا يخفى ان الرهن  
فيما إذا أكره على اعتاق عبده المرهون ففعل بقدر على إيفاء حق المرتبه بما ضمنه المكره من قيمة  
ذلك العبد فإن له أن يضمه إياها لما ذكر في الكتاب فكان ينبغي أن لا تجب السعاية على العبد ثم ان  
قول صاحب العناية بخلاف ما إذا كان العبد مرهونا فأكره الرهن على اعتاقه الخ لا يكاد يصح ههنا  
لأن تلك الصورة داخله ههنا في إطلاق ما نحن فيه من مسألة الكتاب فكيف يصح الحكم بالمخالفة

النقض وأما على مذهب ما فإنه ينتقض بما إذا أعتق المحجور عليه بالسفه فإنه يعتق ويجب عليه السعاية وقد أعتق  
ملكه ولا حق لاحد فيه وزاد له ما في التعليل فيقال عتق على ملكه ولا يتعلق به حق الغير وهو غير محجور عليه (ولا يرجع المكره على  
العبد بما ضمن لأنه مؤاخذ بالتلافه) يعني أن المكره انما يضمن من حيث أنه جعل متلفا للعبد حكما فكأنه قتله والمقتول لا يضمن شيئا  
وقوله فكيف يكون المكره معوضا عما أتلفه به لا تعلق له به أصلا) أقول وكذا طعام الغير ومنافع البضع لا تعلق لها بالمكره فالسند  
أعم ولعله لذلك بادرا إلى التسليم (قوله بخلاف ما إذا كان العبد مرهونا فأكره الرهن على اعتاقه فإنه يجب على العبد السعاية) أقول ان  
ثبت الرواية في هذه المسئلة فلا كلام رالا فينبغي أن لا تجب السعاية على العبد بل يكون ما ضمنه المكره لا يكره رهنه بديل العبد  
فليتأمل (قوله ولا يتعلق به حق الغير) أقول أراد من الغير الورثة أو الدائن في المريض وأراد المرتبه في الرهن

قال ( ويرجع بنصف مهر المرأة ) الجواب فيما إذا أكره على طلاق امرأته وقد سمي لها مهر إلا أنه لم يدخل بها نظير الجواب فيما إذا أكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق ورجوع الزوج على المكره إلا أن الرجوع ههنا بنصف الصداق وبعه بقيمة العبد وإن لم يسم رجع على المكره بما لزمه من المتعة لأن العلة في الكل واحدة وهو الاتلاف أما في العتق فقد تقدم وأما في الطلاق فلقوله لأن ما عليه أي على الزوج كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها بتسكين ابن الزوج منها بغير إكراه أو بالارتداد والعياذ بالله تعالى وما كان عليه تأكد بالطلاق مكرهاً ما كان على شرف السقوط تأكد به ولنا كيد شبه بالإيجاب فكانه أوجب على المكره ذلك ابتداءً فكان اتلاف المال من هذا الوجه والمكره في حق الإكراه بمنزلة الإكراه فيضاد إلى المكره من حيث أنه اتلاف بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر يقرر بالدخول لا بالطلاق فبقى مجرد اتلاف ملك النكاح وهو ليس بمال عند الخرج ومال ليس بمال لا يضمن بمال ألا ترى أن الشاهد إذا رجع بعد الشهادة بالطلاق بعد الدخول لا يضمنان ( ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل ) أي طلق أو أعتق ( فهو جائز استحساناً ) والقياس أن لا يجوز لأن الوكالة تبطل بالهزل فكذلك الإكراه وجه الاستحسان أن الإكراه يؤثر في فساد العقد فكان كالشرط الفساد والشرط والفاسد لا تؤثر ( ٣٠٥ ) في فساد الوكالة أم أنه كالشرط الفاسد

فلما تقدم أنه بعدم رضا فيفسد به الاختيار فصار كأنه شرط شرطاً فاسداً فإنه يفسد العقد ولا يمنع الانعقاد وأما أن الوكالة لا تفسد بالشرط الفاسد فلا لأنها من الاستقاطات فان تصرف الوكيل في مال الموكل قبل التوكيل كان موقوفاً حقاً للمالك فهو بالتوكيل أسقطه فإذا لم يفسد كان تصرف الوكيل نافذاً ( ويرجع المكره على المكره ) بما عزم من نصف الصداق وقيمة العبد ( استحساناً ) والقياس أن لا يرجع لأن الإكراه وقع

قال ( ويرجع بنصف مهر المرأة ) أن كان قبل الدخول وإن لم يكن في العقد مسمى يرجع على المكره بما لزمه من المتعة ) لأن ما عليه كان على شرف السقوط بأن جاءت الفرقة من قبلها وانما يتأكد بالطلاق فكان اتلاف المال من هذا الوجه فيضاد إلى المكره من حيث أنه اتلاف بخلاف ما إذا دخل بها لأن المهر يقرر بالدخول لا بالطلاق ( ولو أكره على التوكيل بالطلاق والعتاق ففعل الوكيل جائز استحساناً ) لأن الإكراه يؤثر في فساد العقد والوكالة لا تبطل بالشرط الفاسد ويرجع على المكره استحساناً لأن مقصود المكره زوال ملكه إذا باشر الوكيل والنذر لا يعمل فيه إلا إكراه لأنه لا يحتل الفسخ ولا رجوع على المكره بما لزمه لأنه لا مطالب له في الدنيا فلا يطالب به فيها وكذا اليمين والتظهار لا يعمل فيهما إلا إكراه لعدم احتمالهما الفسخ وكذا الرجعة والإبلاء التي فيها باللسان بينهما وبين ما نحن فيه بخلاف الصورتين المذكورتين في الكافي وعامة الشروح فانه مما مشكلتان مغايرتان لما نحن فيه فيصح الحكم بالخالف بينهما وبين ما نحن فيه وكذا أقول تاج الشريعة وأما ههنا فلم يتعلق حق الغيب بالعبد الخ ليس بسديد فإنه يشعر بالخالفه أيضاً بين تلك الصورة وبين ما نحن فيه مع أنها دخلت في إطلاق ما نحن فيه كالأجنبي وأيضاً لوجوب السعاية على العبد في الصورة المزبورة لا تنقض بها ما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله من أن السعاية إنما تجب على العبد للتخريج إلى الحرية إذا تخريج إلى الحرية في تلك الصورة لما ذكرنا أن العبد قد خرج إلى الحرية بالاعتاق فلا يمكن تخريجه إليها ثانية فلزم أن لا يتم قول تاج الشريعة وصاحب العناية وغيرهما في ذيل شرح هذا المحل وهذا القدر من التعليل كاف على مذهب أبي حنيفة سالم عن النقص وأما على مذهبهما فنقتض عاذاً أعتق المحجور عليه

( ٣٩ - تكمله سابع )

على الوكالة وزوال الملك لم يقع بها فان الوكيل قد يفعل وقد لا يفعل فلا يضاف التلّف إليه كافي الشاهد من شهد أن فلاناً وكل فلاناً بعتق عبده فأعتق الوكيل ثم رجعاً لم يضمن وجه الاستحسان أن مقصود المكره زوال ملكه مباشرة الوكيل وقد حصل ذلك وكان ما فعله وسيلة إلى الإزالة فيضمن ولا ضمان على الوكيل لأنه لم يوجد منه إكراه ( قوله والنذر لا يعمل فيه إلا إكراه ) بيان لما يعمل فيه إلا إكراه وما لا يعمل فيه وضابط ذلك أن كل ما لا يؤثر فيه الفسخ بعد وقوعه لا يعمل فيه إلا إكراه من حيث منع الصحة لأن الإكراه يفوت الرضا وفوات الرضا يؤثر في عدم اللزوم وعدم اللزوم يمكن المكره من الفسخ فلا إكراه يمكن المكره من الفسخ بعد التحقق فما لا يعمل فيه إلا إكراه فيصح النذر مع الإكراه فان أكره على أن يوجب على نفسه صدقاً لزمه ذلك ( ولا يرجع على المكره بما لزمه لأنه غير مطالب به في الدنيا فلا يطالب به غيره فيها وكذا إذا أكره على عين ) فحلف انعقدت ( أو على ظهار ) فظاهر صح ( وكذا على رجعة ) ففعل صح ( أو على إبلاء ) فآلى أو على في الدنيا باللسان ) ففعل صح

( قوله نظير الجواب فيما إذا أكره على عتق العبد في حق وقوع الطلاق ) أقول لا تظهر أن يقول في حق وقوع المكره عليه ورجوع المكره على المكره ( قوله فيفسد به الاختيار ) أقول أنت خير بأن الفاء هنا ليست في محلها والاحسن تبديله بـ ( قوله بيان لما يعمل فيه إلا إكراه وما لا يعمل ) أقول بيان في الأول التزاماً وفي الثاني صريحاً

(لأنها) أي الرجعة والابلاء والنفاء (تصح مع الهزل) وما صح مع الهزل لا يحتمل الفسخ فإن أكرهه على اعتاق عبد عن كفارة اليمين أو الظهار ففعل اجزاء عنها ولم يرجع على المكروه بقيمته لأنه أمره بالخروج عما لزمه وذلك منه حسبة لا اتلاف بغير حق وإن عين عبد ذلك ففعل عتق ولم يجز عن الكفارة ويرجع على المكروه بقيمته لأنه أنف عليه ما لزمه العبد حيث لم يكن بعينه مستحقا عليه وإذا ثبت له الرجوع لم يكن كفارة لأنها ليست بمضمونة على أحد وان ترك التي آلى منها أربع أشهر حتى بانث ولم يكن دخل بها واجب عليه نصف المهر ولا يرجع به على المكروه لأنه كان متمكنا من القربان في المدة فإذا لم يفعل كان ذلك رضاه بما لزمه من الصداق وإن قربها وكفر لم يرجع على المكروه بشئ لأنه أتى بضد ما أكرهه عليه وإن أكرهه على أن يخالعه أمر أنه ففعل صح الخلع لأنه من جانب الزوج طلاق وهو ظاهر والا كراه لا يمنع وقوع الطلاق بلبدل فكذا بلبدل أو يمين لوجود الشرط والجزاء واليمين لا يعمل فيه الا كراه (فلو كان مكروها على الخلع دون الزمها البديل لرضاها بالاتزام) بإزاء ما سلم لها من اليمين ولا شئ على المكروه للزوج لأنه أنف عليه ما ليس بحال وهو النكاح فلا يضمن به فإن قيل إن خالعهما وهي غير ملووسة فاستحقت نصف الصداق هل يرجع به الزوج على المكروه لتأكيدهما كان على شرف السقوط أولا قلنا لا يخلو أما إذا ساق الزوج المهر إليها كله أولا فإن ساق رجوع على المكروه بنصفه بالاتفاق أما عندهما فظاهر لأن الخلع على مال مسمى لا يوجب البراءة عما يستحقه كل منهما قبل صاحبه بحكم النكاح وأما عند أبي حنيفة رحمه الله فلا نه وإن أوجب البراءة لكنها براءة مكروه والبراءة مع الاكراه (٣٠٦) لا تصح وإن لم يسق رجوع عندهما خلافاً لأنه غير مكروه في هذه الصورة على البراءة قال

(وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد) قال أبو حنيفة أو لأن أكرهه أحد على الزنا فزني وجب عليه الحد لأن الزمان الرجل لا يتصور الا بانتشار آنته وذلك لا يكون الا بلبذانة وذلك دليل الطوعية بخلاف المرأة فإنها محل الفعل ومع الخوف يتحقق التمكين منها فلا يكون التمكين دليل الطوعية ثم رجع وقال لا حد عليه إذا كان المكروه

لأنه أتصح مع الهزل والخلع من جانبه طلاق أو يمين لا يعمل فيه الا كراه ولو كان هو مكروها على الخلع دون الزمها البديل لرضاها بالاتزام قال (وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة إلا أن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد لا يلزمه الحد) وقد ذكرناه في الحدود بالسفه فانه يعتق ويجب عليه السعاية عندهما وقد أعتق ملكه ولاحق لاحد فيه فيزاد لهما في التعليل وهو غير محجور عليه انتهى تأمل تفهم (قوله وإن أكرهه على الزنا وجب عليه الحد عند أبي حنيفة رحمه الله إلا أن يكرهه السلطان وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجب الحد) وجه قولهما أن المعتبر في الاكراه كونه ملجئاً وذلك بقدرته المكروه على الإيقاع وخوف المكروه الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحقفاً لأن السلطان يعلم أنه لا يقوته فهو ذو أناة في أمره وغيره يخاف القوت بالتجاء إلى السلطان فيجمل في الإيقاع ووجه قوله أن المكروه يجز عن دفع السلطان عن نفسه أذ ليس فوقه من يلجئ إليه ويقدر على دفع اللص بالتجاء إلى السلطان فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له فلا يسقط به الحد كذا في العنابة والنهاية وهو المطابق لما ذكره المصنف في كتاب الحدود (أقول) يتجه على الوجه المذكور من قبل أبي حنيفة رحمه الله أن يقال ندرته ذلك ممنوع كيف ووقوع

هو السلطان لأن الحد للزجر ولا حاجة مع الاكراه لأن الزجر كان حاصل إلى أن حصل خوف التلف على نفسه فكان قصدهم هذا الفعل دفع الهلاك عن نفسه لا قضاء الشهرة فيصير ذلك شبهة في إسقاط الحد عنه وانتشار الآلة لا يدل على عدم الخوف لأنه أمر طبيعي ينشأ من انشأته من غير اختيار وهذا وجه قول أبي يوسف ومحمد رحمه الله أنه لا يلزمه الحد وأما تقييده الاكراه بالسلطان فقد قيل أنه من قبيل اختلاف العصر كما تقدم في أول هذا الكتاب وقيل من قبيل اختلاف الحكم ووجه قولهما أن المعتبر في الاكراه كونه ملجئاً وذلك بقدرته المكروه على الإيقاع وخوف المكروه الوقوع كما مر وذلك قد يكون من غير السلطان أكثر تحقفاً لأن السلطان يعلم أنه لا يقوته فهو ذو أناة في أمره وغيره يخاف القوت بالتجاء إلى السلطان فيجمل في الإيقاع ووجه قوله أن المكروه يجز عن دفع السلطان عن نفسه أذ ليس فوقه من يلجئ إليه ويقدر على دفع اللص بالتجاء إلى السلطان فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر لا حكم له ثم في كل موضع وجب الحد على المكروه لا يحسب لها المهر لأن الحد والمهر لا يجتمعان عندنا بفعل واحد وفي كل موضع سقط الحد وجب المهر لأن الوطء في غير الملك لا ينفك عن أحدهما فإذا سقط الحد وجب المهر إظهاراً لخطر المحل سواء كانت مستكروهة على الفعل أو أذنت له بذلك أما الأول فظاهر لأنها لم ترض بسقوط حقها وأما الثاني فلأن الأذن له ليس يحل الوطء فكان أذنها لغوا لكونه محجوراً عنه عن ذلك شرعاً

(قوله فإن اتفق في موضع لا يتمكن من ذلك فهو نادر ولا حكم له) أقول قال الاتقاني الاكراه من غير السلطان لو كان في غير المصر اعتبر بالاجماع انتهى فقوله الشارح فإن اتفق في موضع ينبغي أن يكون معناه حينئذ في موضع من المصر تدبر



(واذا أكرهه على الردة لم تبين امرأته منه لان الردة بتبديل الاعتقاد ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالآيمان لم يكفر وفي تبديله شك) وكان الآيمان ثابتاً يقيناً فلا تثبت الردة بالشك ولا ما يترتب عليها (٣٠٧) من بينونة ويجوز أن يجعل كلامه

دليلين أحدهما أن يقال ان الردة بتبديل الاعتقاد وتبديل الاعتقاد ليس بثبت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه امر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة (فلا تثبت بينونة) المترتبة على الكفر (بالشك) فان قالت المرأة قد بنت منك وقال الرجل قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالآيمان

قال (واذا أكرهه على الردة لم تبين امرأته منه) لان الردة تتعلق بالاعتقاد ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالآيمان لا يكفر وفي اعتقاده الكفر شك فلا تثبت بينونة بالشك فان قالت المرأة قد بنت منك وقال هو قد أظهرت ذلك وقلبي مطمئن بالآيمان

ظفر الصوص وقطاع الطريق بالناس وعجزهم عن دفع شر هؤلاء المتغلبة سيما في المواضع النائية عن العمران أكثر من أن تحصي ولئن سلم النسرة فإن لا يكون للنادر حكم فيما يسدري بالشبهات من الحدود سيما في حد الزنا كما نحن فيه ممنوع اذا لشك أن مجرد الاحتمال تثبت الشبهة فضلاً عن الوقوع بطريق النسرة قال في غاية البيان في هذا المقام ودليلهما ظاهر لان الكلام فيما اذا جاء من غير السلطان ما يأتي من السلطان في موضع لا مدفع له عادة وفي مثل هذا السلطان وغيره سواء لا يرى أنه لو كان في غير المصر اعتبر بالاجماع ولا بى حنيفة أن هذا مما لا يغلب عليه عادة اذا كان في المصر لان الظاهر أنه يلحقه الغوث من الناس أو من السلطان فيندفع والحكم لا يبنى على النادر حتى لو كان في موضع يغلب كما في غير المصر فعبره كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين في شرح الكافي انتهى (أقول) على هذا التقرير يمكن أن يندفع منع النسرة ولكن يبقى منع أن لا يكون للنادر حكم فيما يسدري بالشبهات كما نحن فيه على حاله \* ثم أقول اطلاق مسألة الكتاب واطلاقات عامة المعبرات في أن حكم الاكراه مخصوص بالسلطان عنده وعام لكل متغلب يقدر على تحقيق ما هدد به عندهما مما لا يساعد القول بأن الاكراه من غير السلطان في غير المصر معتبر بالاجماع يظهر ذلك بالتأمل في عبارة الكتاب وتتبع سائر المعبرات قال الامام قاضيان في أول كتاب الاكراه من فتاواه الاكراه لا يتحقق الا من السلطان في قول أبي حنيفة رحمه الله وفي قول صاحبيه يتحقق من كل متغلب يقدر على تحقيق ما هدد به وعليه الفتوى انتهى وقال في الذخيرة والمحيط البرهاني ومن شرط صحته أن يكون الاكراه من السلطان عند أبي حنيفة رحمه الله وعندهما اذا جاء من غير السلطان ما يجبي من السلطان فهو اكراه صحيح شرعاً والاختلاف على هذا الوجه مذكور في مسألة الزنا وصورتها غير السلطان اذا أكرهه رجلاً على الزنا فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله يجب الحد على الزاني كأنه باشر الزنا طوعاً وعلى قولهما لا احد عليه فظن بعض مشايخنا أن الخلاف بينهم في الزنا خاصة وأما في غيره فأكراه غير السلطان واكراه السلطان سواء عندهم جميعاً ومنهم من قال الخلاف في الزنا وغيره من الأحكام أيضاً سواء واختلفوا فيما بينهم بعضهم قال هذا اختلاف عصر وزمان وبعضهم قال هذا اختلاف جهة وبرهان انتهى فتدبر (قوله) لان الردة تتعلق بالاعتقاد ألا ترى أنه لو كان قلبه مطمئناً بالآيمان لا يكفر وفي اعتقاد الكفر شك فلا تثبت بينونة بالشك) قال صاحب العناية ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما أن يقال ان الردة بتبديل الاعتقاد وتبديل الاعتقاد ليس بثبت لقيام الدليل وهو الاكراه والثاني أن يقال الردة باعتقاد الكفر وفي اعتقاده الكفر شك لانه امر مغيب لا يطلع عليه الا بترجمة اللسان وقيام الاكراه يصرف عن صحة الترجمة فلا تثبت بينونة المترتبة على الكفر بالشك انتهى (أقول) لا يذهب على ذي فطرة سليمة أن ما قاله لغو من الكلام لان ما زعمه دليلين متحدان في المعنى وانما التباين بينهما في بعض الالفاظ وهو تبديل الاعتقاد في الاول واعتقاد الكفر في الثاني ولا ريب أن تبديل اعتقاد المسلم انما يكون باعتقاد الكفر فالتحديق في المعنى جعله ما دليلين وان جعل مدارج عملهم ما دليلين مجرد تباينهما في اللفظ فلا معنى لجعل كلام المصنف دليلين أيضاً لان الواقع

قال المصنف (واذا أكرهه على الردة لم تبين امرأته منه) أقول قال العلامة الزيلعي هذا اذا قال لم يخطر بربالي شيء وفوت ما طلب مني وقلبي مطمئن بالآيمان فانه حينئذ لا تبين امرأته ديانة ولا قضاء لانه لم يقر على نفسه بوجود المخلص واجابة ما طلب منه في حالة الاكراه مرخص له دون غيرها من الاحوال حتى لو خطر بباله أنه لو أكرهه العدو على كلمة الكفر فأجرى على لسانه وقلبه مطمئن بالآيمان كقصر من ساعته لا نهضني باجراه كلمة الكفر على لسانه من أقول

غيرا كراه فصار نظيره ما لو قوى أن يكفر في وقت في المستقبل انتهى وفيه بحث (قوله) ويجوز أن يجعل كلامه دليلين أحدهما الخ) أقول لافرق بين هذين الدليلين في المعنى بل في اللفظ فقط كما لا يخفى



فأقول قوله استحساناً) وفي القياس القول قولها فتقع الفارقة لأن التكلم بكلمة الكفر سبب لحصول اليقونة كالتكلم بالطلاق فيستوى فيه الطائع والمكروه كما في الطلاق وجه الاستحسان (أن اللفظ) يعني كلمة الكفر (غير موضوع للفارقة) يعني لم يظهر فيها ظهور رأيين من حيث الحقيقة حتى يكون صريحاً (٣٠٨) يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالة عليها من حيث أن اللفظ

دليل وترجعه لما في القلب فإن دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفارقة كان دلالة عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلاً عن أن يكون صريحاً فيه يقوم لفظه مقام معناه (هـ) لهذا كان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلماً لأنه لما احتمل أن يكون لفظه يوافق اعتقاده (واحتمل) أن لا يكون لفظه (رجحنا الاسلام في الحالين) قيل أي في حال الاكراه على الردة والا كراه على الاسلام (لأن الاسلام ولا يعلى) فلم يجعل كافرًا في الصورة الاولى وجعل مسلماً في الصورة الثانية ترجيحاً للاسلام (وهذا في حق الحكم أمانينه وبين الله تعالى اذ لم يعتقده الاسلام فليس بمسلم ولو أكره على الاسلام حتى حكمه باسلامه ثم رجع لم يقتل لتكن الشبهة وهي دارنة للقتل

في كلام المصنف هو اللفظ الثاني دون الاول كما ترى قوله فأقول قوله استحساناً لأن اللفظ غير موضوع للفارقة وهي بتبدل الاعتقاد ومع الاكراه لا يدل على التبدل فكان القول قوله) قال صاحب العناية في حل هذا المحل وجه الاستحسان أن اللفظ يعني كلمة الكفر غير موضوع للفارقة يعني لم يظهر منها ظهوراً يبين من حيث الحقيقة حتى يكون صريحاً يقوم اللفظ فيه مقام معناه كما في الطلاق بل دلالة عليها من حيث أن اللفظ دليل وترجعه لما في القلب فإن دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفارقة كان دلالة عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلاً عن أن يكون صريحاً فيه يقوم لفظه مقام معناه فلهذا كان القول قوله انتهى كلامه (أقول) فيه خلل فإن قوله فان دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفارقة كان دلالة عليها دلالة مجازية لا يكاد يتم اذ لا بد في المجاز من كون اللفظ مستعملاً في المعنى المجازي ولا شك أن اللفظ هنا هو كلمة الكفر غير مستعمل في الفارقة لاحقة ولا مجازاً وانما هي أي الفارقة أثر لازم لمعنى اللفظ وهو الاعتقاد الردي فلم تكن دلالة اللفظ عليها مجازية بل كانت التزامية محضة فكان انفهامها من اللفظ بطريق الاستتباع لا بطريق الاصله قصارت من قبيل مستتبعات الالفاظ المغايرة للحقيقة والمجاز على ما عرف في علم البلاغة فان قلت يجوز أن يراد بالمجازية ههنا المتجاوزة عن المعنى الحقيقي الى أي شيء كان لا المتجاوزة عن المعنى الحقيقي الى المعنى المجازي فقط فتعم مستتبعات الالفاظ أيضاً قلت هذا المعنى مع كونه مخالفاً للعرف والاصطلاح بالكلية يأباه جداً قوله من قبل يعني لم يظهر فيها ظهوراً يبين من حيث الحقيقة فتأمل فالوجه الجمل المفيد المطابق للشروح ما ذكره صاحب النهاية معزى الى الايضاح حيث قال وجه الاستحسان أن هذه اللفظة غير موضوعة للفارقة وانما تقع الفارقة باعتبار تغير الاعتقاد والا كراه دليل على عدم تغير الاعتقاد فلا تقع الفارقة كذا في الايضاح اهـ (قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلماً لأنه لما احتمل واحتمل رجحنا الاسلام في الحالين لأنه يعاوى ولا يعلى) قال صاحب النهاية وكأن هذا الإشارة الى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدي وهو المنقول عن أبي حنيفة رضي الله عنه ان الاعيان هو التصديق والاقارب باللسان شرط اجراء الاحكام وليس ذلك مذهب أهل أصول الفقه فأنهم يجعلون الاقرار ركنًا انتهى (أقول) فيه نظر فان ما ذكر في الكتاب كيف يكون إشارة الى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدي مع تشبته على المذهبين معاً بل تشبته على المذهب الثاني أظهر في حال الاكراه على الاسلام لأن الاقرار اذا كان ركنًا من الاعيان كان المكروه على الاسلام آتياً بأحد ركنيه فيظهر وجه الحكم باسلامه فانه لما تحقق أحد ركني الاسلام مع عدم الجزم بانتفاء الآخر حكمنا بوجود الاسلام ترجيحاً لجانبه بخلاف ما اذا كان الاعيان هو التصديق وكان الاقرار شرطاً لاجراء الاحكام فانه على هذا

دليل وترجعه لما في القلب فإن دل على تبدل الاعتقاد المستلزم للفارقة كان دلالة عليها دلالة مجازية ومع الاكراه لا يدل على التبدل فضلاً عن أن يكون صريحاً فيه يقوم لفظه مقام معناه (هـ) لهذا كان القول قوله بخلاف الاكراه على الاسلام حيث يصير به مسلماً لأنه لما احتمل أن يكون لفظه يوافق اعتقاده (واحتمل) أن لا يكون لفظه (رجحنا الاسلام في الحالين) قيل أي في حال الاكراه على الردة والا كراه على الاسلام (لأن الاسلام ولا يعلى) فلم يجعل كافرًا في الصورة الاولى وجعل مسلماً في الصورة الثانية ترجيحاً للاسلام (وهذا في حق الحكم أمانينه وبين الله تعالى اذ لم يعتقده الاسلام فليس بمسلم ولو أكره على الاسلام حتى حكمه باسلامه ثم رجع لم يقتل لتكن الشبهة وهي دارنة للقتل

الاقرار كذا ولو أكره على الاسلام حتى حكمه باسلامه ثم رجع لم يقتل لتكن الشبهة) أي شبهة عدم الارتداد لجواز لا يقتل أن يكون التصديق غير قائم بقلبه عند الشهادتين (والشبهة دارنة للقتل)

(قوله) وكان هذا الإشارة الى ما قاله الامام أبو منصور الماتريدي (أقول فيه بحث خلفاء الإشارة لظهور أن هذا الكلام مستقيم على نقد برآن يكون الاقرار ركنًا فان الحكم به اذ هو الظاهر لنا وليس في كلامه ما يدل على شرطية الحكم

(قوله ولو قال الذي أكره) معطوف على قوله وقال هو وقد أظهرت ذلك يعني لو قال في جواب قوله أقصدت منك أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بآنت منه قضاء لادبانه لأنه أقر أنه طامع بآنتان ما لم يكره عليه لأنه أكره على الانشاء والاقرار ومن أقر بالكفر طامعا قال غيب به الكذب لا يصدق القاضي لأنه خلاف الظاهر إذا الظاهر هو الصدق حالة الطواعية لكنه يصدق ديانته لأنه ادعى ما يحتمله لفظه (ولو قال أردت ما طلب مني من الكفر وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بآنت قضاء وديانه لأنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم نفسه مخلصا غيره) لأنه لما خطر هذا بآله أمكنه الخروج عما ابتلى به بأن ينوي (٣٠٩) ذلك والضرورة قد اندفعت

هذا الامكان فإذا لم يفعل وأنشأ الكفر كن أجرى كلمة الكفر طامعا على وجه الاستخفاف مع علمه أنه كفر فبين أمر أنه قضاء وديانه والحاصل أن المكره على إجراء كلمة الكفر على ثلاثة أوجه في وجه لا يكفر لا قضاء ولا ديانة وفي وجه يكفر فيه ما جيع وفي وجه يكفر قضاء ففرق القاضي بينه وبين أمر أنه ولم يكفر ديانة وذلك لأنه إذا أجزاها فاما أن يخطر بآله غير ما طلب منه أولا والثاني هو الاول والاول ان خطر بآله أن يقول ذلك ويريد الاخبار عما مضى كذبا وأراد به والثالث وان لم يرده فهو الثاني وإذا ظهر لك هذا أمكنك ان تخرج مسألة الصلاة للصليب وسب النبي صلى الله عليه وسلم وقوله (لما مر) إشارة الى قوله لأنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم نفسه مخلصا غيره والله أعلم بانصواب

ولو قال الذي أكره على إجراء كلمة الكفر أخبرت عن أمر ماض ولم أكن فعلت بآنت منه حكما لادبانه لأنه أقر أنه طامع بآنتان ما لم يكره عليه وحكم هذا الطامع ما ذكرناه ولو قال أردت ما طلب مني وقد خطر ببالي الخبر عما مضى بآنت ديانة وقضاء لأنه أقر أنه مبتدئ بالكفر هازل به حيث علم نفسه مخلصا غيره وعلى هذا إذا أكره على الصلاة للصليب وسب محمد النبي عليه الصلاة والسلام ففعل وقال نوبت به الصلاة لله تعالى ومحمد آخر غير النبي عليه الصلاة والسلام بآنت منه قضاء لادبانه ولو صلى للصليب وسب محمد النبي عليه الصلاة والسلام وقد خطر بآله الصلاة لله تعالى وسب غير النبي عليه الصلاة والسلام بآنت منه ديانة وقضاء لما مر وقد قررنا من زيادة على هذا في كفاية المنتهى والله أعلم

#### كتاب الحجر

لا يتحقق شيء من ركني الايمان في المكره على الاسلام وانما يكون المتحقق فيه ما هو خارج عن حقيقة الايمان شرط لاجراء الاحكام فوجه الحكم بالاسلام مجرد تحقق ما هو شرط لاجراء احكامه لا يظهر ظهوره في الاول لا يقال كيف يتمشي ما في الكتاب على المذهب الثاني في حال الاكراه على الردة على تقدير أن يكون الاقرار ركنًا من الايمان يلزم أن ثبت حكم الردة باجراء كلمة الكفر على اللسان لأنه ينتفي الاقرار إذا ذلك وانتفاء ركن واحد يستلزم انتفاء الكل لا محالة لأننا نقول ان من قال بأن الاقرار ركن من الايمان لم يقل انه ركن أصلي منه كالتصديق بل قال انه ركن زائد والتصديق ركن أصلي وفسر معنى كونه ركنًا إذا بان الشارع اعتبره في وجود المالك لكن ان عدم بناء على ضرورة جعل الشارع عدمه عفوا واعتبر المالك بوجوده كالحاكمين ذلك في كتب الاصول بما لا مزيد عليه فعلى هذا يظهر عشي ما في الكتاب على هذا المذهب أيضا في حال الاكراه على الاسلام والاكراه على الكفر كالا يخفى تأمل تقف

#### كتاب الحجر

أورد الحجر عقيب الاكراه لأن في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب الاختيار الا ان الاكراه لما كان أقوى تأثيرا لان فيه سلبها عن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر كان أحق بالتقديم كذا في الشروح ومن محاسن الحجر أن فيه شفقة على خلق الله عز وجل وهي أحد قطبي أمر الديانة والاخر التعظيم لامر الله تعالى وتحقيق ذلك ان الله تعالى خلق الوري وفات بينهم في الحجر فجعل بعضهم أولى الرأي والنهي ومنهم أعلام الهدى ومصابيح الدجى وجعل بعضهم مبتلى ببعض أسباب الردى فصار جميع المعاملات الدنيا كالمجنون الذي هو عديم العقل والمعنوه الذي هو ناقص

#### كتاب الحجر

أورد الحجر عقيب الاكراه لأن في كل منهما سلب ولاية المختار عن الجري على موجب اختياره الا ان الاكراه لما كان أقوى تأثيرا لان فيه سلبها عن له اختيار صحيح وولاية كاملة بخلاف الحجر كان أحق بالتقديم وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي أحد قطبي أمر الديانة

#### كتاب الحجر

(قوله وهو حسن لكونه شفقة على خلق الله تعالى وهي أحد قطبي أمر الديانة والاخر التعظيم لامر الله تعالى وهو في اللغة عبارة عن المنع) أقول قوله هو في الموضوعين راجع الى الحجر وقوله وهي راجع الى الشفقة

وحرر التعظيم لاهراقته وهو في اللغة عبارة عن المنع وفي عرفهم هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرقيق والمجنون وأسبابه مصادر هذه الأسماء وألحق بها المفتي الماجن والطبيب الجاهل والمكاري المغلس بالاتفاق ولما كان أسبابه ما ذكرنا لم يجز تصرف الصغير (٣١٠) الاباذن وليه ولا تصرف العبد الاباذن سيده ولا يجوز تصرف المجنون المغلوب

قال (الاسباب الموجبة للجبر ثلاثة الصغر والرق والمجنون فلا يجوز تصرف الصغير الاباذن وليه ولا تصرف العبد الاباذن سيده ولا تصرف المجنون المغلوب بحال) أما الصغير فلتقصان عقله له غير أن اذن الولي آية أهليته والرق لرعاية حق المولى كي لا يتعطل منافع عبده ولا يملك رقبته بتعلق الدين به غير أن المولى بالاذن رضي بقوات حقه والمجنون لانتجاعه الأهلية فلا يجوز تصرفه بحال أما العبد فأهل في نفسه والصبي ترتقب أهليته فلهذا وقع الفرق قال (ومن باع من هؤلاء شيئا وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء أجازها اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه) لان التوقف في العبد لحق المولى فيختبر فيه وفي الصبي والمجنون نظر الهمما فيتحري مصلحة ما فيه ولا بد أن يعقل البيع ليجدر كن العقد فينعدم موقوفا على الاجازة والمجنون قد يعقل البيع ويقصده وان كان لا يرجح المصلحة على المفسدة وهو المعتوه الذي يصلح وكيله عن غيره كما ينافي الوكالة فان قيل التوقف عندكم في البيع أما الشراء فالاصل فيه النفاذ على المباشر قلنا نعم اذا وجد نفاذا عليه كما في شراء القضولى

العقل فأثبت الجبر عليهم ما عن التصرفات نظر من الشرع لهما لان الظاهر من تصرفهما ضرر يلزمهما اذ ليس لهما عقل كامل يردهما وتيسر واقر يردهما وكذلك جبر الصبي والرق في أول أحواله كالمجنون وفي آخرها كالمعتوم فها هو المتوقع من ضررهما يتوقع في حق الصبي وأما الرقيق فإنه يتصرف في مال غيره لانه لا مال له ولا يستعمل من يتصرف في مال الغير مثل استعماله في مال نفسه عادة فسد باب التصرف على الرقيق بالجبر لرقه نظر المولى ثم ان الجبر في اللغة هو المنع فانه مصدر جبر عليه القاضى اذا منعه وفي الشريعة هو المنع عن التصرف في حق شخص مخصوص وهو الصغير والرق والمجنون كذا في النهاية والعناية (أقول) فيه قصور أما أولا فلان الجبر في الشريعة ليس هو المنع عن التصرف مطلقا بل هو منع عن التصرف قولاً لا فعلاً كما يفصح عنه ما سياتى في الكتاب من أن هذه المعاني الثلاثة يعنى الصغر والرق والمجنون توجب الجبر في الاقوال دون الافعال وأما ثانياً فلان المحجور عليه غير مختصر في الصغير والرق والمجنون بل المفتى الماجن والمتطب الجاهل والمكاري المغلس محجور عليهم عند أبي يوسف ومحمد رحمهما الله كما صرحوا بذلك كله في عامة العتبرات وسياتى في الكتاب شيئا فشيئا فتوه في ذيل التعريف وهو الصغير والرق والمجنون تفسير زائد وتقييد كاسد وبالجمله في التعريف المزبور تقييد من حيث اطلاق المقيد وتقييد المطلق وقال في الكافي في اللغة المنع وفي الشرع منع عن التصرف قولاً بصغر ورق وجنون انتهى (أقول) فيه تدارك للحذو والاول ولكن يبقى المحذو والثاني على حاله كما لا يخفى فالاولى ما ذكر في معراج الدار به فانه قال فيه ثم الجبر لغة المنع مصدر جبر عليه وشرعاً منع مخصوص وهو المنع من التصرف قولاً لشخص معروف مخصوص وهو المستحق للجبر بأي سبب كان انتهى تدبر (قوله الاسباب الموجبة للجبر ثلاثة الصغر والرق والمجنون) هذه الثلاثة بالاتفاق وألحق بها اشتق منها ثلاثة أخرى بالاتفاق أيضاً وهى المفتى الماجن والمتطب الجاهل والمكاري المغلس وأما جبر المديون والسفيه بعد ما بلغ رشيداً فعلى قول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله

بحال ما وأما الذى لا يكون مغلوباً وهو الذى يعقل البيع ويقصده فان تصرفه كتصرف الصبي العاقل كما سيجيء أما عدم جواز تصرف الصبي فلتقصان عقله وأهلية التصرف انما هي بالعقل لكن أهليته مترتبة واذن وليه آية أهليته وأما العبد فله أهلية لكنه جبر عليه لرعاية حق المولى كي لا يتعطل عليه منافع عبده فانه لو ثبت الجبر لنفذ البيع الذى يشره وشرائه فيلحقه ديون فيأخذ أربابها كسأبه التى هي منفعة المولى وذلك تعطيل لها عنه ولئلا يملك رقبة يتعلق الدين به اذ لم يكن له كسب غير أن المولى اذا أذن فقد رضي بقوات حقه والمجنون الغالب لا يجامعه أهلية فلا يجوز تصرفه بحال قال (ومن باع من هؤلاء شيئا) أراد هؤلاء الصبي والعبد والمجنون الذى يجبر ويفيق وتصرفهم فيما يتردد بسين الضر والنفع منع موقوفا اذا كان يعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويقصده لا فائدة هذا الحكم أعني

كون البيع سالباً والشراء جالباً وهو احتراز عن الهازل فان بيعه ليس لأفاده هذا الحكم (والولى بالخيار ان شاء) أجازها اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه لان التوقف في العبد لحق المولى فيختبر فيه وفي الصبي والمجنون نظر الهمما فيتحري مصلحة ما فيه ولا بد أن يعقل البيع ليجدر كن العقد فينعدم موقوفاً على الاجازة وأجاب بأن عدم التوقف انما يكون اذا وجد على المباشر نفاذاً كما في شراء القضولى

وههنا لم نجد ذلك لعدم الاهلية في الصبي والمجنون أو لضرر المولى فوقفناه قال صاحب النهاية هذا الذي ذكره عن الاشكال انما يرد على لفظ مختصر القدوري حيث قال فيه ومن باع من هؤلاء شيئاً أو اشترى أمههنا يعني في الهداية فلم يذكر قوله أو اشترى فلا يرد الاشكال ولكن جعل المذكور في القدوري مذكوراً ههنا فأورد الاشكال وهو موجود (٣١١) في بعض النسخ وكذا في نسخة سماعى

وكذا ذكره شيخى في شرحه (قوله وهذه المعاني الثلاثة)

يعنى الصغر والرق والمجنون

(توجب الحجر في الاقوال) يعنى

ما ترددهما بين النفع والضرر

كالبيع والشراء أى هذه

المعاني توجب التوقف على

الاجازة على العموم بين

الصغير والمجنون والعبد

وأما ما يتعمض منها ضرراً

كالطلاق والعتاق فانه

يوجب الاعدام من الاصل

في حق الصغير والمجنون

دون العبد وأما ما يتعمض

منها نفعاً كقبول الهبة

والهدية والصدقة فانه

لا يجزى به على العموم (قوله

دون الافعال) يعنى ان

المعاني الثلاثة لا توجب

الحجر عن الافعال (لان الشأن

ان الافعال لا يرد عليها) حتى

ان ابن آدم لو انقلب على

قارورة انسان فكسرهما

وجب عليه الضمان في

الحال وكذلك العبد

والمجنون اذا أتلف شيئاً

لزمهما الضمان في الحال

(لان الافعال توجد حساً

ومشاهدة) ويحصل بها

الاتلاف والاتلاف بعد

الحصول لا يمكن أن يجعل

كالاتلاف

(قوله وكذا ذكره شيخى في

شرحه) أقول أراد الكاكي

وما ترددين النفع والضرر ونفاذ طلاق العبد لا يضر لما خصصه المصنف من هذا العموم (قوله فانه يوجب الاعدام من الاصل) أقول

فلا ينفع (قوله في حق الصغير والمجنون دون العبد) أقول في البعض كالطلاق دون البعض كالعتاق

وههنا لم نجد نفاذ عدم الاهلية أو لضرر المولى فوقفناه قال (وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال دون الافعال) لانه لا يرد عليها وجودها حساً ومشاهدة

كذا في الشروح (أقول) قد أطبقت كلمة الفقهاء في كتب الفروع على ادراج العتق في الجنون وجعل الاسباب الاصلية المتفق عليها ثلاثة وهى الصغر والرق والمجنون وفي كتب الاصول على جعل العتق قسمين للجنون كسائر الامور المعترضة على الاهلية ومخالفه في أكثر الاحكام فقد خالف اصطلاحهم في الفروع اصطلاحهم في الاصول وهذا من النوادر (قوله وهذه المعاني الثلاثة) التى هى الصغر والرق والمجنون توجب الحجر في الاقوال حتى أوجب التوقف في الاقوال التى ترد بين النفع والضرر كالبيع والشراء بطريق العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأوجب الحجر من الاصل بالاعدام في حكم أقوال تتمتع ضرراً كالطلاق والعتاق في حق الصغير والمجنون دون العبد فانه يملك الطلاق كذا في النهاية والكفاية قال صاحب العناية في حل هذا المحل وهذه المعاني الثلاثة يعنى الصغر والرق والمجنون توجب الحجر في الاقوال يعنى ما ترددهما بين النفع والضرر كالبيع والشراء أى هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأما ما يتعمض منها ضرراً كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد وأما ما يتعمض منها نفعاً كقبول الهبة والهدية والصدقة فانه لا يجزى به على العموم انتهى كلامه (أقول) خصص الشارح المزبور الاقوال المذكورة في مسألة الكتاب بالاقتوال للتردد بين المنع والضرر حيث قال أعنى ما ترددهما بين النفع والضرر كالبيع والشراء فلما أخرج عن الاقوال ما تمحض نفعاً وما تمحض ضرراً وكان فائدة اخراج الاول ظاهرة لعدم ثبوت الحجر فيه أصلاً ودون فائدة ثبوت اخراج الثانى لثبوت الحجر فيه أيضاً في حق الصغير والمجنون خصص معنى ايجاب الحجر أيضاً حيث قال أى هذه المعاني توجب التوقف على الاجازة على العموم بين الصغير والمجنون والعبد وأشار بذلك الى عدم ثبوت الحجر بهذا المعنى في الخصوص فيما يتعمض ضرراً من الاقوال ونبه عليه بقوله وأما ما يتعمض منها ضرراً كالطلاق والعتاق فانه يوجب الاعدام من الاصل في حق الصغير والمجنون دون العبد ولا يذهب عليك أن عبارة الكتاب مع عدم مساعدتها لشيء من التخصيصين المذكورين يلزم اذ ذلك محذوران أحدهما أنه على ذلك المعنى الذى ذهب اليه الشارح المزبور يصير ما لمعنى هذه المسئلة وهى قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال معنى المسئلة السابقة وهى قوله ومن باع من هؤلاء شيئاً أو اشترى وهو يعقل البيع ويقصد فلولي بالتخييار ان شاء أجاز اذا كان فيه مصلحة وان شاء فسخه فلا يكون في إعادة الثانية فائدة لا تجرد كونها نوطئة لقوله دون الافعال وثانيهما انه لا يناسب حينئذ ادراج ما يتعمض ضرراً من الاقوال كالطلاق والعتاق والاقرار في المسائل المتفرعة على هذا الاصل وهو قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر في الاقوال وقد أدرجه فيها في الكتاب حيث قال فيما بعد والصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما وصرح الشارح المزبور وغيره هناك بأن تلك المسائل ذكرت تفريعاً على الاصل المذكور وقد وقع التصريح ببقاء التفريع في مختصر القدوري في قوله فالصبي والمجنون لا يصح عقودهما ولا اقرارهما ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما بعد قوله وهذه المعاني الثلاثة توجب الحجر

(قوله وكذا ذكره شيخى في

شرحه) أقول أراد الكاكي

وما ترددين النفع والضرر ونفاذ طلاق العبد لا يضر لما خصصه المصنف من هذا العموم (قوله فانه يوجب الاعدام من الاصل) أقول

فلا ينفع (قوله في حق الصغير والمجنون دون العبد) أقول في البعض كالطلاق دون البعض كالعتاق

(ب) بخلاف الاقوال لان اعتبارها (حال كونها موجودة حاصل) بالشرع والقصد من شرط الاعتبار وليس للصبي والمجنون قصد لقصور العقل فينتي المشروط به وأما في العبد فالقصد وان وجد منه لكنه غير معتبر لزم الضرر على المولى بغير اختياره فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرطا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين أحدهما أن الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المدوم بخلاف الافعال فان الموجود (٣١٣) منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة والثاني أن القول

قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جذا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد ألا يرى أن القول من الحر العاقل البالغ اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها وقوله (الا اذا كان) استثناء من قوله لا مر دلها يعني أن الافعال اذا وجدت لا مرد لها لكن اذا كان فعل يتعلق به حكم يندري بالشبهات كالحدود والقصاص يجعل عدم القصد في ذلك شبهة دائمة لما يترتب عليه من الحدود والقصاص قال (والصبي والمجنون لا يصح عقودهما) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع من هؤلاء شيئا فالمولى بالخيار وانما أعاد هذه المسئلة تفريعا على الاصل المذكور وهو أن هذه المعاني الثلاثة توجب الجبر عن الاقوال لتنساق القولييات في موضع واحد (قوله لان اعتبارها حال

ب) بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه (الا اذا كان فعلا يتعلق به حكم يندري بالشبهات كالحدود والقصاص) فيجعل عدم القصد في ذلك شبهة في حق الصبي والمجنون قال (والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما)

في الاقوال دون الافعال فتعين التفريق بنفس عبارته قال وجهه عندي أن اللام في الاقوال في قوله توجب الجبر في الاقوال الجنس وأن المراد بإيجاب الجبر في قوله توجب الجبر في الاقوال ما يسمي إيجاب التوقف على الاجازة كما في الاقوال المترددة بين النفع والضرر وإيجاب الاعداء من الاصل كما في الاقوال المتعلقة للضرر فلا يحتاج الى اخراج هذا القسم أعني ما تمحض ضررا عن الاقوال المذكورة في الاصل المسطور بل هذا القسم أيضا داخل في جنس الاقوال فيشمله ذلك الاصل فيناسب تفريع المسائل الاتية بأسرها عليه ولا يضر عدم تحقق الجبر في الاقوال التي تتمتع بنفسه لان تحقق الجبر في جنس الاقوال لا يقتضي تحققه في جميع أفرادها فصار الاصل المزبور مجعلا وما فرغ عليه من المسائل تبينه فاجعل في تلك المسائل مما يحجر فهو داخل تحت حكم الجبر وما فلا تأمل تقف (قوله) بخلاف الاقوال لان اعتبارها موجودة بالشرع والقصد من شرطه) أقول فيه اشكال لان الطلاق والعناق والعفو عن القصاص واليمين والنذر كلها من الاقوال المعتمدة في الشرع مع أن القصد ليس بشرط لاعتبارها في الشرع ألا يرى أن طلاق العاقل البالغ هازلا وكذا عناق الحر البالغ العاقل هازلا وكذا عيونه هازلا ونذره هازلا صحيح معتبر في الشرع على ما صرحوا به في مواضعها سيما في مباحث الهزل من كتب الاصول مع أن الهزل ينافي القصد لاحتحالة فان عدم القصد والارادة معتبر في نفس مفهوم الهزل وقال في العناية فان قيل الاقوال موجودة حسا ومشاهدة فما بالها شرط اعتبارها موجودة شرطا بالقصد دون الافعال فالجواب من وجهين أحدهما أن الاقوال الموجودة حسا ومشاهدة ليست عين مدلولاتها بل هي دلالات عليها ويمكن تخلف المدلول عن دليله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المدوم بخلاف الافعال فان الموجود منها عينها فبعد ما وجدت لا يمكن أن تجعل غير موجودة والثاني أن القول قد يقع صدقا وقد يقع كذبا وقد يقع جذا وقد يقع هزلا فلا بد من القصد ألا يرى أن القول من الحر البالغ العاقل اذا وجد هزلا لم يعتبر شرعا فكذا من هذه الثلاثة بخلاف الافعال فانها حيث وقعت وقعت حقيقة فلا يمكن تبديلها انتهى (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر أما في الاول فانه غير متش في الانشآت لانها ايجادات لا يمكن تخلف مدلولاتها عنها ولا يخفى أن أكثر الاقوال المعتمدة في الشرع في افادة الاحكام الشرعية من قبيل الانشآت فلا يستقيم التقريب وأما في الثاني فلانه منتقض بما تساوى فيه الحدود والهزل من الاقوال كالطلاق والعناق ونحوهما تدبر نفهم (قوله والصبي والمجنون لا تصح عقودهما ولا اقرارهما الخ) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ لما تقدم في قوله ومن باع

كونها موجودة) أقول لا يخفى عليك أن موجودة مفعول ثان للاعتبار أي اعتبارها مفيدة للاحكام بالشرع ومعنى الوجود ما يترتب عليه الا نأروا الاحكام (قوله فيمكن أن يجعل القول الموجود بمنزلة المدوم) أقول لم يتبين مما ذكره سبب شرطية القصد في اعتبارها موجودة شرعا (قوله فلا بد من القصد) أقول السؤال أنه لم يكن بد من القصد (قوله قال والصبي والمجنون لا يصح عقودهما) أراد بعدم الصحة عدم النفاذ الخ) أقول واذا أريد بالصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج الى تبويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار



وقوله (لما بينا) إشارة إلى قوله والقصد من شرطه (ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعتوه) رواه الترمذي عن أبي هريرة رضي الله عنه (والاعتاق يتمحض مضرة) (والاحالة (و) الطلاق وان أمكن أن يتوردين النفع والضرب باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي (لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال) (أما في الحال (٣١٣) ف(العدم الشهوة)

وأما المال فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حد الشهوة ولا علم بذلك (و) الولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لكن (لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على إجازته ولا يتوقفان بمباشرة) أي الولي (بمختلف سائر العقود) وقوله (وان ألتفاسياً) بيان لتفريع الأفعال على الأصل المذكور ومعناه ظاهر وقوله (والحائط المائل بعد الشهاد) يعني أنه لا قصد من صاحب الحائط في وقوع الحائط ومع ذلك يجب الضمان (قوله على ما بيناه) إشارة إلى قوله بمختلف الأقوال والقصد من شرطه وقوله (فأما العبد فإقراره نافذ) معطوف على قوله والصبي والمجنون لا يسمع عقودهما ولا إقرارهما ومعناه ظاهر (قوله لما رويناه) إشارة إلى قوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعتوه وكلامه ظاهر

لما بينا (ولا يقع طلاقهما ولا اعتاقهما) لقوله عليه الصلاة والسلام كل طلاق واقع الاطلاق الصبي والمعتوه والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف الولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة فلهذا لا يتوقفان على إجازته ولا يتوقفان بمباشرة بخلاف سائر العقود قال (وان ألتفاسياً) أي هما ضمهما (أحياء لحق المتلف عليه وهذا لان كون الاتلاف موجباً لا يتوقف على القصد كالذي يتلف بانقلاب النائم عليه والحائط المائل بعد الشهاد بخلاف القول على ما بيناه قال (فأما العبد فإقراره نافذ في حق نفسه) لقيام أهليته (غير نافذ في حق مولاه) رعاية لجانبه لان نفاذه لا يعرى عن تعلق الدين برقبته أو كسبه وكل ذلك اتلاف ماله قال (فان أقر بمال لزمه بعد الحرية) لوجود الأهلية وزوال المانع ولم يلزمه في الحال لقيام المانع (وان أقر بمحد أو قصاص لزمه في الحال) لانه مبقى على أصل الحرية في حق الدم حتى لا يصح إقرار المولى عليه بذلك (ويفقد طلاقه) لما روينا لقوله عليه الصلاة والسلام لا يملك العبد والمكاتب شيئاً الاطلاق ولانه عارف بوجه المصلحة فيه فكان أهلاً وليس فيه إبطال ملك المولى ولا تقويت منافعها فينفذ والله أعلم بالصواب

من هؤلاء شيئاً فالولي بالخيار وانما أعاد المسئلة تفريعاً على الأصل المذكور وهو أن هذه المعاني الثلاثة توجب الحجر عن الأقوال لتساق القبوليات في موضع واحد كذا في العناية والنهاية قال بعض الفضلاء وإذا أريد بالصبي والمجنون الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لا يحتاج إلى تأويل عدم الصحة بعدم النفاذ ويخلص كلام المصنف عن وصمة التكرار انتهى وقد أخذ هذا المعنى من آخر كلام صاحب غاية البيان ههنا فانه قال أراد بقوله لا يصح لا ينفذ لان بيعه ما سائر تصرفاته ما الذي يتوردين النفع والضرر موقوف على إجازة الولي ألا يرى إلى ما قال قبل هذا بقوله ومن باع من هؤلاء شيئاً وهو يعقل البيع ويقصده فالولي بالخيار ان شاء إجازة الولي ألا يرى إلى ما قال قبل هذا بقوله والصبي من لا يعقل أصلاً وبقوله والمجنون الذي لا يقبض أصلاً فحينئذ يجري قوله ولا يصح على ظاهره انتهت كلامه (أقول) لا مسأغ لذلك الاحتمال لان حل الصبي والمجنون في قوله والصبي والمجنون لا تصح عقودهما على الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب فقط مما لا تساعد القاعدة فان المعروف بلام التعريف اذا لم يكن هناك معهوداً يحمل على الجنس في قاعدة أهل العربية وعلى الاستغراق في قاعدة أهل الأصول كما تقرر ركبه في موضعه فههنا الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب لم يعهد بخصوصهما مقاطعاً فلا بد أن يراد بالصبي والمجنون المذكورين ههنا جنسهما أو جميع أفرادهما على إحدى القاعدةين لأحدهما خصوصية منهما كما توهم ولئن سلم مساعدة القاعدة لئلا فلأر بدهما ههنا ذلك القسم العين منهما لزم أن لا تكون أحكام عقود الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب الذي هو المعتوه ولا أحكام إقرارهما وطلاقهما وعتاقهما مذكورة في كتاب الحجر أصلاً إذ موضع ذكر تلك الأحكام هنا لم تذكر في موضع آخر من هذا الكتاب فيلزم أن تكون متركة سدًى ولا يخفى فساده ولا يخفى في وجهها أنها تفهم مما ذكر دلالة لان سبب الحجر في الصبي الغير العاقل والمجنون المغلوب أقوى من سببه في غيره فلا يدل عدم صحة تصرف في حقهما على عدم صحته في حق غيرهما كما لا يخفى (قوله والاعتاق يتمحض مضرة ولا وقوف للصبي على المصلحة في الطلاق بحال لعدم الشهوة ولا وقوف للولي على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) قال صاحب

(قوله باعتبار موافقة

(٤٠ - تكمله سابع)

الاخلاق) أقول أي وجوداً أو عدماً (قوله لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حد الشهوة) أقول يعني أن الطلاق ليس من تلك المسالحي التي توقف عليها في الحال (قوله وقوله وان ألتفاسياً بيان لتفريع الأفعال على الأصل المذكور) أقول فيه بحث

(باب الحجر للفساد)

آخر هذا الباب لان ما تقدم عليه متفق عليه وهذا مختلف فيه والمراد بالفساد ههنا هو السفة وهو خفة تعثرى الانسان فكماله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقـد غلب فى عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع (قال أبو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيه وتصرفه فى ماله جائز وان كان مبذرا مفسدا ي تلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة) كالالقاء فى البحر والاحراق بالنار (وقال أبو يوسف ومحمد والشافعى رحمه الله يحجر على السفيه وينع عن التصرف فى ماله) غير أن الحجة عليه عندهما يؤثر فى حق تصرف يتصل بماله ولا يصح مع الهزل والاكراه كالبيع والاجارة والاقارب بالمال وما لا يتصل بماله كالاقرار بالحدود والقصاص أو يتصل به لكنه يصح مع الهزل كالنكاح والطلاق والعناق فالحجر لا يعمل فيه حتى صح منه هذه التصرفات بعد الحجر على ماسمى

(باب الحجر للفساد)

(باب طهر الفساد)

(قال أبو حنيفة رحمه الله لا يحجر على الحر البالغ العاقل السفيف وتصرفه في ماله جزوان كان مبذرا مفسدا يتلف ماله فيما لا غرض له فيه ولا مصلحة وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله وعروق الشافعي رحمه الله يحجر على السفيف ويمنع من التصرف في ماله)

النهاية في طرح هذا المقام والاعتناق يتعمص مضرة لاحالة والطلاق وان أمكن ان يسترددين النفع والضرر باعتبار موافقة الاخلاق بعد البلوغ لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق بحال أما في الحال فلعدم الشهوة وأما في المال فلان علم المصلحة فيه يتوقف على العلم بتباين الاخلاق وتنافر الطباع عند بلوغه حدا الشهوة ولا علم بذلك والولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لكن لا وقوف له على عدم التوافق على اعتبار بلوغه حدا الشهوة انتهى كلامه (أقول) فيه بحث أما أولا فلان جعله الطلاق مما يسترددين النفع والضرر مخالف لما صرح به بنفسه وسائر الشراح فيما صرح من أنه مما يستعصم ضررا اللهم الا أن يحمل كلامه ههنا على التنزل والتسليم فتأمل وأما ثانيا فلان ان أراد بالمصلحة في قوله والولي وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال مصلحة الصبي في الطلاق كما هو الملائم لما نحن فيه وهو المطابق لقوله من قبل لكن الصبي لا وقوف له على المصلحة في الطلاق يلزم أن لا يتم قوله وان أمكن أن يقف على مصلحته في الحال لان علة عدم الوقوف على مصلحته في الطلاق في الحال عدم شهوته في الحال كما أفصح عنه المصنف والشارح المزبور في تعليل عدم وقوف الصبي على تلك المصلحة فعند تقرير هاتيك العلة كيف يمكن للولي أن يقف على تلك المصلحة وان أراد بالمصلحة المذكورة مصلحته في غير الطلاق يكون ذلك كرها لغوا في إثبات ما نحن فيه كما لا يخفى

باب الخمر والفساد

آخر هذا الباب لان أسباب الجبر فيما تقدم عليه سماوية وسبب الجبر ههنا مكتسب والسماء في التأثير أقوى فكان بالتقديم أولى ولان الجبر في الاول متفق عليه وفي الثاني مختلف فيه والمتفق عليه أخرى بالتقديم قال في العناية والمراد بالقصد ههنا هو السفه وهو خفة تعتري الانسان فتعمله على العمل بخلاف موجب الشرع والعقل مع قيام العقل وقد غلب في عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع انتهى (أقول) في تفسير كل من معني السفه على الوجه المذكور رئي أمافي الاول فهو أن العمل بخلاف موجب العقل مع قيام العقل مشكل اذا الظاهر أن موجب الشيء لا يتخلف عنه وعن هذا قال في المبسوط والكافي السفه هو العمل بخلاف موجب الشرع واتباع الهوى وترك ما يدل عليه الحجا وأمافي الثاني فهو أنه ان كان معنى السفه في عرف الفقهاء تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى العقل والشرع فكيف القول من أبي حنيفة رحمه الله بعدم الجبر على السفه اذ لا مسامح لعدم الممع عما هو خلاف مقتضى الشرع عند أحد من الفقهاء ويمكن الجواب عن الاول بأن المراد بخلاف موجب العقل خلاف موجب حكم العقل لا خلاف موجب نفس العقل فاللازم عدم التخلف عن حكم العقل لاعن نفسه ولا محذور فيه لامكان العمل بخلاف ما أوجبه حكم العقل كما هو حال النفوس الخبيثة وعن الثاني بأن ما هو على خلاف مقتضى الشرع يجب أن ينهى عنه من تكبئه باللسان على الاتفاق ومنه عمل السفيه بالسفه وأما الجبر عنه بمعنى ابطال حكم التصرف بالكلية وان كان ذلك التصرف في نفس مال التصرف فهو أمر آخر واذ ذلك لم يقل به أبو حنيفة بناء على استدعائه ضررا أشد من ضرر اتلاف المال كما سيأتي بيانه في الكتاب وقال في النهاية ثم اعلم أن مسائل هذا الباب كلها مبنية على قول أبي يوسف وعجمي رحمه الله لا على قول

لأنه مبذرماله بصرفه لاعلى الوجه الذى يقتضيه العقل فيجبر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي بل أولى لان  
الثابت فى حق الصبي احتمال التبذير وفى حقه حقيقة ولهذا منع عنه المال ثم هو لا يفيد بدون الحجر  
لأنه يتلف بلسانه ما منع من يده

أبى حنيفة رحمه الله فإنه لا يرى الحجر للفساد والسفاهة أصلا انتهى (أقول) ليس هذا الكلام بسديد  
فإن أكثر مسائل هذا الباب مما اتفق عليه أبى حنيفة وصاحبا كقوله وإن أعتق عبدا نفذ عتقه  
وقوله ولو دبر عبده جاز وقوله ولو جارت جارية بنته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حرا والجارية أم  
ولده وقوله وإن تزوج امرأة جازتك أجهلها وأن سعى لها مهر أجاز منه مقدار مهر مثلها وقوله ولو  
طلقها قبل الدخول وجب لها النصف وقوله ويخرج الزكاة من مال السفينة وينفق على أولاده  
وزوجته ومن يجب نفقته من ذوى أرحامه وقوله فإن أراد حجة الاسلام لم يمنع منها ولو أراد عمرة  
واحدة لم يمنع منها وقوله فإن مرض وأوصى بوصايا فى القرب وأبواب الخير جاز ذلك فى ثلث ماله وقوله  
ولا يجبر الفاسق عندنا إذا كان مصليا ماله وإنما المسائل الخلافية بين أبى حنيفة وصاحبيه من  
مسائل هذا الباب ثلاث ثنتان منها مذكورتان فى أول الباب فى الهداية والبداية أحدهما مسألة  
أنه لا يجبر السفينة عند أبى حنيفة ويجبر عندهما وأخرهما مسألة أن الغلام البالغ غير رشيد  
إذا بلغ خسا وعشرين سنة يسلّم إليه ماله عند أبى حنيفة وإن لم يؤنس منه الرشيد وعندهما لا يدفع  
إليه ماله أبدا حتى يؤنس منه ورشده وواحدة منهما مذكورة فى آخر الباب فى الهداية وحدها  
وهى مسألة أن يجبر القاضى بسبب الغفلة عندهما ومع ذلك جعل قول أبى حنيفة فى المسئلتين  
الأوليتين أصلا فى الذكرو قولهما متبعاله فلم يبق من مسائل هذا الباب ما هى مبنية على قولهما لاعلى  
قوله إلا المسئلة الأخيرة المذكورة فى الهداية وحدها فكيف يصح القول بأن مسائل هذا الباب كلها  
مبنية على قول أبى يوسف ومحمد لاعلى قول أبى حنيفة \* ثم أقول لو قال بدل ذلك الكلام ثم أعلم  
أن تلقب هذا الباب باب الحجر للفساد مبنى على قول أبى يوسف ومحمد لاعلى قول أبى حنيفة فإنه لا يرى  
الحجر للفساد والسفاهة أصلا لكان له وجه صحيح كما لا يخفى (قوله لأنه مبذرماله بصرفه لاعلى الوجه الذى  
يقتضيه العقل فيجبر عليه نظرا له اعتبارا بالصبي) قال صاحب العناية واستدل المصنف بقوله لأنه  
مبذرماله بصرفه لاعلى الوجه الذى يقتضيه العقل وكل من هو كذلك يجبر عليه نظرا له كالصبي فهذا  
يجبر عليه اه (أقول) تقرره غير مطابق للشرع ولا يخفى أن حاصل كلام المصنف هنا قياس السفينة  
على الصبي قياسا تقررييا فى وجوب الحجر و يرشد إليه قطع قوله فيما سأتى من قبل أبى حنيفة ولا يصح  
القياس على منع المال ولا على الصبي وقد قرره الشارح المذكور على القياس المنطوق حيث قدر الكبرى  
الكلية وجعل قوله فيجبر عليه نتيجة القياس كما ترى ثم إن صاحبى النهاية والعناية قالوا هذا الدليل  
الذى ذكره المصنف إنما يصح على قول أبى يوسف ومحمد لاعلى قول الشافعى لأن حجر السفينة بطريق  
الزجر والعقوبة عليه لا بطريق النظره وقالوا فائدة هذا الخلاف بينهم تظهر فيما إذا كان السفينة  
مفسدا فى دينه مصلحا فى ماله كالفاسق فعند الشافعى يجبر عليه زجرا وعقوبة وعندهما لا يجبر عليه  
اه (أقول) فيه نظر لأن من كان مصلحا فى ماله لا يسمى سفينة فى عرف الفقهاء كما أفصح عنه صاحب  
العناية فيما مر حيث قال وقد غلب فى عرف الفقهاء على تبذير المال واتلافه على خلاف مقتضى  
العقل والشرع وأما كون المصلح فى ماله إذا كان مفسدا فى دينه يسمى السفينة على معناه الأصلى فلا  
يجدى نفعها هنا إذ نحن بصدد بيان حكم السفينة فى عرف الفقهاء بأنه لا يجبر عليه عند أبى حنيفة  
ويجبر عليه عند أبى يوسف ومحمد والشافعى ولو كان الفاسق داخلا فى السفينة فى عرفهم لما  
صح بيان الحكم بالوجه المذكور فإن الفاسق لا يجبر عليه عند أحد من أئمتنا كما سأتى فى الكتاب

واستدل المصنف رحمه الله  
بقوله (لأنه مبذرماله بصرفه  
لاعلى الوجه الذى يقتضيه  
العقل) كل من هو كذلك  
(يجبر عليه نظرا له كالصبي)  
فهذا يجبر عليه (بل أولى  
لأن الثابت فى حق الصبي  
احتمال التبذير وفى حقه  
حقيقته والدليل على صحة  
هذا منع المال منه والمنع  
لا يفيد بدون الحجر لأنه  
يتلف بلسانه ما منع من يده)  
وهذا الذى ذكره من الدليل  
إنما يصح على قولهما فأما  
على قول الشافعى رحمه الله  
فلا يصح لأن حجر السفينة  
عنده بطريق الزجر  
والعقوبة عليه لا بطريق  
النظره والفائدة تظهر فيما  
إذا كان السفينة مفسدا فى  
دينه مصلحا فى ماله كالفاسق  
فعنده يجبر عليه زجرا  
وعقوبة ولا يجبر عليه  
عندهما

(ولابى حنيفة رحمه الله أنه مخاطب عاقل) كل من هو كذلك (لا يحجر عليه كالرشيد) وتوفض بالعبد فانه مخاطب عاقل ويحجر عليه وأجيب بأنه قال مخاطب وهو مطلق والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بكامل في كونه مخاطباً بسقوط الخطابات المالية كالزكاة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وبعض الخطابات الغير المالية كاللحج والجمعة والعديد والشهادات وشطر الحدود وغيرها ولو ضم الى ذلك حرسقط الاعتراض (وهذا) أى عدم الحجر (لان) في الحجر سلب ولايته و(في سلب ولايته اهدار آدميته) وهو ظاهر (قوله ولا يصح القياس على منع المال) جواب عن قوله ما ولهذا منع عنه المال وتقريره أن منع المال منه ليكون هو بطريق العقوبة زجره على التبذير والحجر أبلغ منه في العقوبة لما ذكرنا فلا يقياس عليه وقوله (ولا على الصبي) جواب عن قوله ما اعتباراً بالصبي أى لا يقياس السفه على الصبي (لانه عاجز عن النظر لنفسه وهذا قادر (٣١٦) عليه نظره الشارع مرة باعطاء آلة القدرة) لما ذكرنا أنه عاقل (والجري على خلافه

لسوء اختياره) فكان قياس قادر على عاجز وهو فاسد وقوله (ومنع المال مفيد) جواب عن قوله ثم هو لا يفيد بدون الحجر يعنى أن منع المال بدون الحجر مفيد (لان غالب السفه) انما يكون (في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد) أى لا يملك الا بالتبضع فاذا لم يكن في يده شئ يمتنع عن ذلك وان فعل لم يفد (قوله واذا حرج) تفريع على مسألة الحجر ومعناه أن القاضى ان حجر على السفه على رأيه ثم رفع حكمه الى قاض آخر فأبطل حجره وأطلق جاز تصرفه وكان الواجب أن لا يحجز لان قضاءه لاقى مجتهداً فيه ونقضه باطل وانما جاز لان الحجر من القاضى فتوى لا قضاء لان القضاء يقتضى المقتضى له والمقتضى عليه ولا مقتضى له ههنا سلماً بوجود المقتضى له على احتمال بعيد وهو أن يجعل السفه مقضياً له من ظاهر

(قوله ولا بى حنيفة أنه مخاطب عاقل فلا يحجر عليه اعتباراً بالرشيد) قيل يشكك هذا بالبدفاته مخاطب عاقل أيضاً ومع ذلك يحجر عليه وأجيب بوجهين أحدهما أنه ذكر مخاطب مطلقاً والمطلق ينصرف الى الكامل والعبد ليس بمخاطب كامل لسقوط الخطابات المالية عنه كالزكاة وصدقة الفطر والاضحية والكفارات المالية وسقوط بعض الخطابات الغير المالية كاللحج وصلاة الجمعة والعديد والشهادات وشطر الحدود وغيرها والثانى أن المراد بالمخاطب في قوله أنه مخاطب هو المخاطب بالتصرفات المالية بدلالة محل الكلام لان الكلام في الحجر عن التصرفات المالية كالبيع والشراء والهبات والصدقات فحينئذ لا يتناول قوله أنه مخاطب العبد لانه لا مال له فلا تصرف له في المال ولا خطاب فيه هذا زبد ما في النهاية وغيرها (أقول) بنى في كلام المصنف شئ وهو أن قوله عاقل بعد قوله أنه مخاطب مستدرك لان المخاطب لا يكون الا عاقلاً فان ما ليس بعاقل كالصبي والمجنون ليس بمخاطب لا محالة (قوله وقال لا يدفع اليه ماله أبداً حتى يؤنس منه رشده) قال صاحب العناية وتسامح عبارته في الجمع بين الابد وحى

والمقتضى عليه ولا مقتضى له ههنا سلماً بوجود المقتضى له على احتمال بعيد وهو أن يجعل السفه مقضياً له من ظاهر حيث ان الحجر نظره لكن نفس هذا القضاء مختلف فيه فان أبا حنيفة رضى الله عنه لم يقل به فصار محلاً للقضاء يحتاج الى امضاء فلورفع تصرفه بعد الحجر الى القاضى الخارج أو الى غيره فقتضى بطلان تصرفه وصحة الحجر ثم رفع الى قاض آخر نفذ ابطاله لاتصال الامضاء به فلا يقبل النقص بعد ذلك ثم ان عند أبى حنيفة رحمه الله اذا بلغ الغلام سفهاً منع عنه ماله الى خمس وعشرين سنة وتصرفاته قبل ذلك نافذة لانه لا يحجر عليه عنده فاذا بلغ ذلك سلم اليه ماله وان لم يؤنس الرشده منه وقال لا يدفع اليه ماله حتى يؤنس منه رشده

(قوله وأجيب بأنه قال مخاطب الخ) أقول ولعل الاولى أن يقال المراد بمخاطب في حق تصرف يتصل بماله اذ الكلام فيه فيخرج العبد اذا لام له ولا خطاب فيه (قوله لسقوط الخطابات المالية الخ) أقول فيه بحث (قوله ومعناه أن القاضى ان حجر على السفه على رأيه) أقول الضمير في رأيه راجع الى القاضى (قوله فصار نفس القضاء محلاً الخ



وتسأله عبارته في الجمع بين الابدوحي وظاهر (ولا يجوز نصرته في ماله لان علة المنع السفة فيبقى ببقائه كالصبا ولا يحنيفه رحمه الله أن منع المال عنه بطريق التأديب) وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين أحدهما أن يقال سلمنا أن علة المنع السفة لكن المعال هو المنع من حيث التأديب وهذا يقتضي أن يكون محلا للتأديب ولا تأديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لانه في هذه المدة يصير جذا باعته بارأقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر وإذا لم يبق قابلا للتأديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني أن يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو أن منع المال عنه (٣١٧) بطريق التأديب الخ (قوله ولأن المنع دليل

آخر وتقرر به أن المنع بعد البلوغ إذا لم يؤنس رشده باعتبار أثر الصبا لان العادة وجبده في أوائل البلوغ ثم ينقطع بتطاول المدة وقد رزق بخمسين وعشرين سنة ولأن مدة البلوغ من حيث السن ثمان عشرة سنة وما قرب من البلوغ فهو في حكم البلوغ وقد رزق بسبع سنين اعتبارا بعمدة التمييز في الابتداء على ما أشار إليه عليه الصلاة والسلام بقوله مروا صبيانكم بالصلاة إذا بلغوا سبعا (ولهذا قال أبو حنيفة رحمه الله لو بلغ رشدا ثم صار سفيها لا يمنع عنه المال لانه ليس بأثر الصبا) فان قيل الدفع معلق بآنياس الرشدا لم يوجد لا يجوز الدفع اليه وأجيب بأن الشرط بوجوب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورة فروعه أصلا فكان متناهيا في الاصلة قال (ثم

ولا يجوز نصرته فيه ) لان علة المنع السفة فيبقى مابقي العلة وصار كالصبا ولا يحنيفه رحمه الله أن المنع المال عنه بطريق التأديب ولا تأديب بعد هذا ظاهرا وغالبا ألا يرى أنه قد يصير جذا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع ولأن المنع باعتبار أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع ولهذا قال أبو حنيفة لو بلغ رشدا ثم صار سفيها لا يمنع المال عنه لانه ليس بأثر الصبا ثم لا يتأني التفرع على قوله

ظاهر اه (أقول) يمكن توجيه عبارته بأن يجعل الابد على الزمان الطويل الممتد كاجل بعض المفسرين الخلود في قوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا فيها على المكث الطويل فحينئذ لا تدفع بين الابدوحي كمالا يحنفي (قوله ولا يحنيفه) أن منع المال عنه بطريق التأديب ولا تأديب بعد هذا ظاهرا وغالبا ألا يرى أنه يصير جذا في هذا السن فلا فائدة في المنع فلزم الدفع (قال صاحب العناية وهذا الدليل يمكن أن يوجه على وجهين أحدهما أن يقال سلمنا أن علة المنع السفة لكن المعال هو المنع من حيث التأديب وهذا يقتضي أن يكون محلا للتأديب ولا تأديب بعد هذه المدة ظاهرا وغالبا لان في هذه المدة يصير جذا باعته بارأقل مدة البلوغ في الانزال وهو اثنا عشرة سنة وأقل مدة الحمل وهو ستة أشهر وإذا لم يبق قابلا للتأديب فلا فائدة في المنع فلزم الدفع والثاني أن يجعل معارضة فيقال ما ذكرتم وان دل على ثبوت المدلول لكن عندنا ما ينفيه وهو أن منع المال عنه بطريق التأديب الخ اه كلامه وقد انتفى أثره الشارح العيني (أقول) في تقرير الوجه الاول على ما ذكره خلل اذ على تقدير تسليم كون علة المنع السفة وادعاء ان المعال هو المنع من حيث التأديب دون المنع المطلق يلزم أن يتخلف المعال عن العلة بعد تلك المدة لعدم تحقق المنع من حيث التأديب بعدها بناء على عدم كون المحل قابلا للتأديب مع تحقق السفة بعدها أيضا ولا شذ أن يتخلف المعال عن العلة باطل واهذا قال في دليل الامامين فيبقى مابقي العلة فاعتبار التأديب مع المنع في جانب المعال باطل أيضا لاستلزامه ذلك الباطل المحال والصواب عندى في تقرير الوجه الاول أن يقال ان علة المنع ليس هو السفة وحده بل هو مع قصد التأديب فاذا لم يبق المحل قابلا للتأديب بعد تلك المدة لم يقصد التأديب بعدها فانتهت العلة بانتفاء أحد جزأيها وهو قصد التأديب فلزم انتفاء المعال الذي هو المنع أيضا بعدها فوجب الدفع فصار حاصل هذا الدليل على هذا الوجه هو المنع لا التسليم كما توهم (قوله ولأن المنع باعتبار أثر الصبا وهو في أوائل البلوغ وينقطع بتطاول الزمان فلا يبقى المنع) فان قيل الدفع معلق بآنياس الرشدا لم يوجد لا يجوز الدفع اليه وأجيب بأن الشرط بوجوب الوجود عند الوجود لا العدم عند العدم سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطق عليه وقد وجد ذلك اذا وصل الانسان الى هذه الحالة لصيرورة فروعه أصلا فكان متناهيا في الاصلة (أقول) الظاهر أن كونه متناهيا في الاصلة عند وصوله الى تلك المدة لا يقتضي رشده لحصول ذلك في الجنون أيضا مع عدم تصور الرشده سلمناه لكنه

لا يتأني التفرع على قوله) أراد أن التفرع الذي ذكره القدوري في مختصره بقوله فاذا باع لا ينفذ لا يتأني على قول أبي حنيفة رضي الله عنه

(قوله وتسأله عبارته في الجمع بين الابدوحي وظاهر) أقول أراد بالابد الزمان المديد بقربنة قوله حتى (قوله سلمناه لكنه منكر يراد به أدنى ما ينطق عليه) أقول المطلق ينصرف الى الكامل كسلف من الشارح في أواخر الصحيفة السابقة وجوابه ظاهر فانه مذكور سند المنع هنا وبكفي الاحتمال فيه

(وانما التفرع على قول من يرى الحجر فعندهما الماصح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع لنظيره فائدة الحجر عليه) فيكون موقوفا (فان رأى الحاكم فيه مصلحة) بان كان يحمل القيمة أو كان البيع راجحا وكان الثمن باقيا في يده (أجاز له) وان كان الثمن أقل من القيمة أو كان البيع خاسرا ولم يبق الثمن في يده لم يجزه لان فيه ضررا به لخروج المبيع عن يده بدون أن يكون فيه شيء من البدل واستدل على الجواز والتوقف بقوله (لان ركن التصرف قد وجد) وذلك بوجوب الجواز وورد بان ركن التصرف اذا وجد من أهله بوجوب ذلك والسفيه ليس بأهل وأجيب بأنه أهل لان الاهلية بالعقل والسفيه لا ينفذ كاتقدم فان قيل فعلام التوقف أجاب بقوله (النظر له فان الحاكم نصب ناظر له فيتحري المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع السفيه قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف رحمه الله لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائريين الضرر) وهو (٣٨) اهدار آدميته (والنظر) له في ابقاء المبيع على ملكه كما كان (فلا بد من مرجع وهو القضاء وعند محمد رحمه الله لا يجوز

لانه يبلغ محجورا) عليه (عنده اذا العلة عنده هي السفه بمنزلة الصبا) وهو موجود قبل القضاء فيرتب عليه الحكم (وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشدا ثم صار سفيا) عند أبي يوسف يصير شجورا حتى يقضي القاضي وعند محمد يصير محجورا بمجرد السفه (وان أعنتق عبدا) يعني بعد الحجر (نفذ عتقه عندهما) وكذلك عند أبي حنيفة رحمه الله فلم يخص قولهما بالذ كراحترازا عن قوله لان عند أبي حنيفة الحكم قبل الحجر وبعده سواء في نفاذ تصرفات المحجور بسبب السفه لانه لا تأثير للحجر عنده بل احترازا عن قولهما في سائر التصرفات التي يؤثر فيها الحجر كالبيع والشراء والاقرار بالمال وعن قول الشافعي فانه يقول لا ينفذ كما ذكره في الكتاب (وذكر أن) الاصل عندهما أن

وانما التفرع على قول من يرى الحجر فعندهما الماصح الحجر لا ينفذ بيعه اذا باع بوقفا لفائدة الحجر عليه وان كان فيه مصلحة أجاز الحاكم لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظر له فيتحري المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده ولو باع قبل حجر القاضي جاز عند أبي يوسف لانه لا بد من حجر القاضي عنده لان الحجر دائريين الضرر والنظر والحجر لنظيره فلا بد من فعل القاضي وعند محمد لا يجوز لانه يبلغ محجورا عنده اذا العلة هي السفه بمنزلة الصبا وعلى هذا الخلاف اذا بلغ رشدا ثم صار سفيا (وان أعنتق عبدا نفذ عتقه عندهما) وعند الشافعي لا ينفذ والاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الخ وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لا تباع الهوى ومكابرة العقل لان نقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه

لا يطابق قول أبي حنيفة في وضع المسئلة من انه اذا بلغ خمس وعشرين سنة يسلم اليه ماله وان لم يؤنس منه الرشد اللهم الا أن يراد بالرشدهنالك الرشد الكامل لكن لا يساعده اللفظ وبأباه دليله تأمل توقف (قوله لان ركن التصرف قد وجد والتوقف للنظر له وقد نصب الحاكم ناظر له فيتحري المصلحة فيه) قال في العناية استدلل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد وذلك بوجوب الجواز ورد بان ركن التصرف اذا وجد من أهله بوجوب ذلك والسفيه ليس بأهل وأجيب بأنه أهل لان الاهلية بالعقل والسفيه لا ينفذ فان قيل فعلام التوقف أجاب بقوله للنظر له فان الحاكم نصب ناظر له فيتحري المصلحة فيه كما في الصبي الذي يعقل البيع والشراء ويقصده الى هنا لفظ العناية ورد ببعض الفضلاء قوله واستدل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف وجد حيث قال هذا انما يدل على الجواز فقط اه (أقول) يمكن أن يحمل كلام صاحب العناية ههنا على أن المصنف استدلل على الجواز والتوقف بقوله لان ركن التصرف قد وجد الخ أي استدلل على الجواز بقوله لان وكن التصرف قد وجد واستدل على التوقف بقوله والتوقف للنظر الخ فحصل من المجموع الاستدلال على الجواز والتوقف معا وان كان الحاصل من أول قوله هو الاستدلال على الجواز فقط ولما اتجه على أول استدلاله سؤال ظاهر الورود تصدى الشارح له ذكره مع جوابه فوقع الفصل بين دليل الجواز ودليل التوقف في البيان تدبر تفهم (قوله والاصل عندهما أن كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا الى قوله والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه) قال في العناية وفيه بحث من أوجه الأول ان السفيه لو خنت في يمينه وأعنتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي أو غيره

كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا لان السفيه في معنى الهازل (لامن كل وجه) بل من حيث ان الهازل يخرج كلامه لا على نهج كلام العقلاء لا تباع الهوى ومكابرة العقل لان نقصان في عقله فكذلك السفيه والعتق مما لا يؤثر فيه الهزل فيصح منه وفيه بحث من أوجه الأول ان السفيه لو خنت في يمينه وأعنتق رقبة لم ينفذه القاضي وكذا لو نذر بهدي أو غيره

(قوله أو كان البيع خاسرا) أقول فيه بحث (قوله واستدل على الجواز الخ) أقول هذا انما يدل على الجواز فقط ثم المراد من قوله الجواز الانعقاد (قوله بل احترازا عن قولهما الخ) أقول فيه ما فيه حيث لا يظهر وجه الاحترازا عن قولهما في سائر التصرفات بل هو احترازا عن قول الشافعي ليس الا كما يدل عليه نصيحة بخلاف الشافعي (قوله وأعنتق رقبة لم ينفذه القاضي) أقول أي لا يجعل اعتاقه عن كفارة يمينه لانه لا ينفذ اعتاقه أصلا فانه نافذ ويجب عليه السعابة وعلى السفيه الحائث الصوم كالمعسر اذا خنت في يمينه أو نذر عن امرأته

لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل لقوله صلى الله عليه وسلم ثلاث جذهن جذه وهزلهن جذه وقد أثر فيه الحجر بالسفه والثاني أن الهازل إذا اعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعيه والمجور بالسفه إذا اعتقه وجب عليه السعي فالهزل لم يؤثر في وجوب السعي والحجر أثر فيه والثالث أن التعليل المذكور إنما يصح في حق السفه لا في حق الهازل والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له لا لتقصان في العقل والجواب عن الأول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع إلى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لأن في تنفيذهما إضاعة المقصود من الحجر لا مكان أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحلف والنذر وعن الثاني ما سيجي في الكتاب وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة (٣١٩) العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما (والاصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق) فإنه لا يزال الخطاب ولا يخرج من أن يكون أهلاً للزام العقوبة باللسان باكتساب سببها كما أن الرق كذلك (فلا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الاطلاق كالرفيق والاعتاق لا يصح من الرفيق فكذا من السفه) قلنا ليس السفه كالرق لأن حجر الرق لحق الغير في المحل الذي يلاقيه تصرفه حتى أن تصرفه فيما لا حق للغير فيه نافذ كالقرار بالحدود والقصاص وههنا لا حق لاحد في المحل الذي يلاقيه تصرفه فيكون نافذاً (فاذا صح عندهما كان على العبد أن يسعى في قيمته لأن الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق لأنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض ولا يذهب عليه أن هذا أيضاً لا يدفع نقض الكلية المتعبرة في أصلهما كما هو حاصل البحث الثاني أيضاً بل يقويه كما عرفت آنفاً ثم إن بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية في البحث الثالث والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له حيث قال فيه بحث اذهب المعنى لا يوجد في السفه ولا بد من الاشتراك اهـ (أقول) كأنه غلط في الاستخراج فتوهم أن الضمير المحرور في قوله والصحيح فيه راجع إلى التعليل فاعترض أنه لا بد من تمام التعليل ههنا من لغرمائه أو ورثته فإذا اعتق المريض عبداً وجب عليه السعي لغرمائه في جميع قيمته أو لورثته في ثلثي قيمته إذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواء لمعنى النظر إلى آخر النكته (وعن محمد رحمه الله أنه لا تجب عليه السعي لأنهم لو جبت لو جبت حقاً لاعتقه وذلك غير معهود في الشرع وإنما المعهود أن يجب للغير المعتق) كما في اعتاق أحد الشرى يكن فاه يسعى للسباك (ولو دبر عبده جاز لا أن التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته) لأنه لما ملك أنشاء حقيقة العتق فلا أن ملك أنشاء حقه كان أولى (الأنه لا تجب السعي في حياة المولى لأنه باق على ملكه) والباقي على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه ديناً

والاصل عنده أن الحجر بسبب السفه بمنزلة الحجر بسبب الرق حتى لا ينفذ بعده شيء من تصرفاته الاطلاق كالرفيق والاعتاق لا يصح من الرفيق فكذا من السفه (و) إذا صح عندهما (كان على العبد أن يسعى في قيمته) لأن الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق لأنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض وعن محمد أنه لا تجب السعي لأنها لو جبت اعتاجب حقاً لاعتقه والسعي ما عهد وجوبه في الشرع الا لخلق غير المعتق (ولو دبر عبده جاز) لأنه يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته إلا أنه لا تجب السعي مادام المولى حيالاً لأنه باق على ملكه

لم ينفذه فهذا مما لا يؤثر فيه الهزل بقوله عليه الصلاة والسلام ثلاث جذهن جذه وهزلهن جذه وقد أثر فيه الحجر بالسفه والثاني أن الهازل إذا اعتق عبده عتق ولم تجب عليه سعيه والمجور بالسفه إذا اعتقه وجب عليه السعي فالهزل لم يؤثر في وجوب السعي والحجر أثر فيه والثالث أن التعليل المذكور إنما يصح في حق السفه لا في حق الهازل والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له لا لتقصان في العقل والجواب عن الأول أن القضاء بالحجر عن التصرفات المالية فيما يرجع إلى الاتلاف يستلزم عدم تنفيذ الكفارات والنذور لأن في تنفيذهما إضاعة المقصود من الحجر لا مكان أن يتصرف في جميع ماله باليمين والحلف والنذر وعن الثاني ما سيجي في الكتاب وعن الثالث أن قصد اللعب بالكلام وترك ما وضع له من مكابرة العقل واتباع الهوى فلا فرق بينهما اهـ (أقول) في الجواب عن الأول وعن الثاني على الوجه المذكور بحث أيضاً أما في الجواب عن الأول فلا أن حاصل ذلك الجواب بيان وجه عدم تنفيذ الكفارات والنذور الواقعة من السفه وهذا لا يجدى شيئاً في دفع البحث الأول لأن حاصل ذلك البحث كما ترى نقض كلية قولهما مان كل تصرف يؤثر فيه الهزل يؤثر فيه الحجر وما لا فلا بعدم تنفيذ القاضي تصرف السفه في الكفارات والنذور مع عدم تأثير الهزل في شيء منهم ما إذا ذكر في الجواب يقوى البحث فضلاً عن أن يدفعه وأما في الجواب عن الثاني فلا أن ما سيجي في الكتاب هو قول المصنف لأن الحجر لمعنى النظر وذلك في رد العتق لأنه متعذر فيجب رده برد القيمة كما في الحجر على المريض ولا يذهب عليه أن هذا أيضاً لا يدفع نقض الكلية المتعبرة في أصلهما كما هو حاصل البحث الثاني أيضاً بل يقويه كما عرفت آنفاً ثم إن بعض الفضلاء أورد على قول صاحب العناية في البحث الثالث والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به دون ما وضع الكلام له حيث قال فيه بحث اذهب المعنى لا يوجد في السفه ولا بد من الاشتراك اهـ (أقول) كأنه غلط في الاستخراج فتوهم أن الضمير المحرور في قوله والصحيح فيه راجع إلى التعليل فاعترض أنه لا بد من تمام التعليل ههنا من لغرمائه أو ورثته فإذا اعتق المريض عبداً وجب عليه السعي لغرمائه في جميع قيمته أو لورثته في ثلثي قيمته إذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواء لمعنى النظر إلى آخر النكته (وعن محمد رحمه الله أنه لا تجب عليه السعي لأنهم لو جبت لو جبت حقاً لاعتقه وذلك غير معهود في الشرع وإنما المعهود أن يجب للغير المعتق) كما في اعتاق أحد الشرى يكن فاه يسعى للسباك (ولو دبر عبده جاز لا أن التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته) لأنه لما ملك أنشاء حقيقة العتق فلا أن ملك أنشاء حقه كان أولى (الأنه لا تجب السعي في حياة المولى لأنه باق على ملكه) والباقي على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه ديناً

لغرمائه أو ورثته فإذا اعتق المريض عبداً وجب عليه السعي لغرمائه في جميع قيمته أو لورثته في ثلثي قيمته إذا لم يكن عليه دين ولا مال له سواء لمعنى النظر إلى آخر النكته (وعن محمد رحمه الله أنه لا تجب عليه السعي لأنهم لو جبت لو جبت حقاً لاعتقه وذلك غير معهود في الشرع وإنما المعهود أن يجب للغير المعتق) كما في اعتاق أحد الشرى يكن فاه يسعى للسباك (ولو دبر عبده جاز لا أن التدبير يوجب حق العتق فيعتبر بحقيقته) لأنه لما ملك أنشاء حقيقة العتق فلا أن ملك أنشاء حقه كان أولى (الأنه لا تجب السعي في حياة المولى لأنه باق على ملكه) والباقي على ملك المولى لا يستوجب المولى عليه ديناً

(قوله والصحيح فيه أن يقال لقصد اللعب به الخ) أقول فيه بحث اذهب المعنى لا يوجد في السفه ولا بد من الاشتراك (قوله والباقي على ملك المولى لا يستوجب الخ) أقول ولا ينفذ بالمكاتب لكونه على خلاف القياس على ما مر تفصيلاً

(فان مات ولم يؤنس منه رشد يسعى في قيمته مدبراً لانه عتق وهو مدبر) والعتق بعد التدبير يوجب السعاية في قيمته مدبراً لا يرى أن مصلحا  
لودبر عبده في محنته ثم مات وعليه دين يحيط بقيمته فعلى العبد أن يسعى في قيمته مدبراً لغرمائه قيل ينبغي أن يسعى في قيمته قتالاً  
العتق حصل بالتدبير السابق وهو في تلك الحالة يوجب السعاية قنناً كما لو أعتقه وأجيب بأن الأصل أن المعلق بالشروط ليس بسبب  
قبله إلا أنه جعل ههنا سبباً قبله ضرورة فلا تظهر سببته في إيجاب السعاية عليه قنناً وانما تظهر في حق المنع عن البيع وتعلق العتق  
بموته لأن الثابت بالضرورة يتقدر بقدرها قيل سلمنا ذلك لكن يجب أن يسعى في ثلثي قيمته لأن التدبير وصية وفيها يسعى العبد  
كذلك وأجيب بأنه وصية من حيث النفاذ بعد الموت لا غير ألا يرى أن الرجوع في الوصية صحيح دون التدبير (ولو وادت جاريته فادعاه  
ثبت نسبه منه وكان الولد حراً والجارية أم ولد له لا احتياجه إلى ذلك لابقاء نسله) وابقاؤه من الحوائج الاصلية لحياة ذكر الإنسان ببقاء الولد  
بعد موته فالحق السفيه بالمصلح في حق الاستيلاء فان مات بعد هذه الدعوة كانت الجارية حرة لأسباب عليها الاحدوان مات مديوناً (وان لم  
يكن معها ولد) أي ان لم يعلم لها ولد منه (وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد) لأن الدعوة حينئذ كانت دعوة تحرير (فلا يقدر على بيعها وان  
مات سعت في جميع قيمتها لأنه لا قرار بالحريه اذ ليس لها شهادة الولد) فصار كأنه قال أنت حرة فمتنع بيعها وتسعى في قيمتها بعد موته  
(بخلاف الفصل الاول لان الولد شاهد لها) (٣٣٠) في ابطال حق الغير كذا في دفع حكم الحجر عن تصرفه (وتطيره المربض اذا ادعى ولد

جاريته على هذا التفصيل)  
يعني أن يكون معها ولد أو لم  
يكن الخ قال (وان تزوج  
امرأة جازنكاحها) كلامه  
واضح وقوله (وصار كالمرضى  
مرض الموت) يعني في لزوم كل  
واحد منهم ما مقدار مهر المثل  
وسقوط الزيادة الآن الزيادة  
في المرض تعتبر من الثلث  
وههنا غير معتبرة أصلاً وقوله  
(وكذا اذا تزوج بأربع نسوة)  
يعني يعتبر مهر المثل لا الزيادة  
سواء تزوج بمهر في عقد  
واحد أو في كل يوم واحدة  
ثم طلقها وفعل ذلك حراماً  
فانه يصح تسميته في مقدار  
مهر المثل وتبطل الزيادة

واذا مات ولم يؤنس منه الرشد يسعى في قيمته مدبراً لانه عتق بموته وهو مدبر فصار كما اذا أعتقه بعد التدبير  
(ولو جادت جاريته بولد فادعاه ثبت نسبه منه وكان الولد حراً والجارية أم ولد له) لأنه محتاج إلى ذلك لابقاء  
نسله فالحق بالمصلح في حقه (وان لم يكن معها ولد وقال هذه أم ولدي كانت بمنزلة أم الولد لا يقدر  
على بيعها وان مات سعت في جميع قيمتها) لأنه لا قرار بالحريه اذ ليس لها شهادة الولد بخلاف الفصل  
الاول لان الولد شاهد لها وتطيره المربض اذا ادعى ولد جاريته فهو على هذا التفصيل قال (وان تزوج  
امرأة جازنكاحها) لأنه لا يؤثر فيه الهزل ولأنه من حوائج الاصلية (وان سعى لها مهر جازم منه  
مقدار مهر مثلها) لأنه من ضرورات النكاح (وبذل الفضل) لأنه لا ضرورة فيه وهذا التزام بالتسمية  
ولا تطرله فيه فلم تصح الزيادة وصار كالمرضى مرض الموت (ولو طلقها قبل الدخول بها وجب لها  
النصف في ماله) لأن التسمية صحيحة إلى مقدار مهر المثل (وكذا اذا تزوج بأربع نسوة أو كل يوم  
واحدة) لما بينا قال (وتخرج الزكاة من مال السفيه) لأنها واجبة عليه (وينفق على أولاده وزوجته  
ومن تجب نفقته من ذوى أرحامه) لأن احياء أولاده وزوجته من حوائجها والاتفاق على ذى الرحم  
واجب عليه لقريته

الاشتراك في العلة وهذا المعنى يعني قصد اللعب دون ما وضع الكلام له لا يوجد في السفيه كما أن المعنى  
المذكور في الكتاب لا يوجد في الهازل على زعم صاحب البحث الثالث ولكن لا ينبغي على الفطن أن الضمير  
المربور راجع إلى حق الهازل في قوله لا في حق الهازل فالمعنى والذي يصح في حق الهازل أن يقال لقصد

(لما بينا) يعني قوله لأنه من ضرورات النكاح وهذه المسئلة اعتضد أبو حنيفة رحمه الله على أنه لا فائدة في الحجر عليه لأنه لا يسد باب اتلاف المال عليه بهذا الطريق بل هذا أضربه من اتلافه بطريق الهبة اذ هو يكتسب  
المحمة في البر والاحسان والذمة في الزوج والاطلاق قال صلى الله عليه وسلم لعن الله كل ذواق مطلق قال (وتخرج الزكاة من مال  
السفيه) والأصل في هذه المسائل أن ما وجب عليه من أمر أو حبه الله تعالى كالزكاة وحجة الاسلام أو كان من حقوق الناس كنفقة  
من تجب نفقته عليه فهذا والمحل فيه سواء لأنه مخاطب بالسفه لا يستحق النظر في اسقاط شيء من حقوق الشرع عنه

(قوله إلا أنه جعل ههنا سبباً قبله ضرورة) أقول أي ضرورة أن لا يقع السبب بعد زوال الاهلية فانها تزول بانوت (قوله لأنه من ضرورات  
النكاح) أقول والظاهر أنه يشير به إلى الدلائل السابقة لجوار النكاح وصحة تسميته مقدار مهر المثل وبطلان الفضل (قوله وبهذه  
المسئلة اعتضد أبو حنيفة) أقول قال الاتصافى لكنهما يتولان السفه ليس باعتبار هذا الطريق لأن السفه المعتاد ما يحصل له نوع غرض  
صحيحاً كان أو فاسداً وليس في الطلاق قبل الدخول على وجه لا يصل إليه لذاً وراحة غرض وبعد الدخول ان تحقق غرض لكنه  
محصور لا يتصور فيه المجاوزة حدته والسفه مجاوزة عن الحد في كل باب أو يقال بأنه لا يمكن رده بقدر السفه لأن طريق رده أن يلحقه  
بالحازل والهازل والجاد في هذا سواء انتهى وفيه تأمل (قوله قال عليه الصلاة والسلام لعن الله كل ذواق مطلق) أقول لعسيلة النساء

اللاعب



ولا يبطل شيئا من حقوق الناس لكن لا يسمع قوله في القرابة حتى يقسم البيعة عليها وعسرة القريب لان اقراره بذلك بمنزلة الاقرار بالدين على نفسه فلا يلزم اقراره شيئا الا في الولدان الزوجين اذا تصادقا على النسب قبل قولهما لان كل واحد منهما ما في تصديق الآخر يقر على نفسه بالنسب والسفقه لا يؤثر في منع الاقرار بالنسب لكونه من حوائجه لكن لا بد من اثبات عسرة المقر له والاقرار بالزوجة صحيح ويجب مهر مثلها والنفقة (قوله وهذا) أي ما ذكرناه مما أوجبه الله تعالى وما كان من حقوق الناس (بخلاف ما اذا حلف أو نذر أو ظاهر) يعني ما أوجبه على نفسه (حيث لا يلزمه المال بل يكفر عيته وظهاره بصوم) لكل حنث ثلاثة أيام متتابعات وعن كل ظهار شهرين متتابعين وان كان مالكا للمال حال التكفير (لانه) أي كل واحد (مما يجب بفعله) اذا سبب التزامه فيتمكن فيه معنى التبذير فيفتح هذا الباب وتضييع فائدة الجرح فان قيل التكفير بالصوم مرتب على عدم استطاعة الرقبة فأنى يصح مع القسرة عليها أجيب بأن الاستطاعة متفنية لان دلائل الجرح توجب السعاية على من يعتقه السفية كالتقدم ومع السعاية لا يقع العتق عن الظهار (قوله وان أراد حجة الاسلام) واضح وقوله (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها استحسانا) لذلك والقياس أن لا يعطى لها نفقة السفر لان العمرة عندنا طوع كالو اراد الخروج الحج تطوعا فان جنى جناية (٣٣١) فان كانت مما يجزئ فيه

والسفقه لا يبطل حقوق الناس الا أن القاضي يدفع قدر الزكاة اليه ليصرفها الى مصرفها لانه لا بد من نيته لكونها بعبادة لكن بيعت أميناه عنه كي لا يصرفه في غيره وفي النفقة يدفع الى أمينه ليصرفه لانه ليس بعبادة فلا يحتاج الى نيته وهذا بخلاف ما اذا حلف أو نذر أو ظاهر حيث لا يلزمه المال بل يكفر عيته وظهاره بالصوم لانه مما يجب بفعله فلو فكتنا هذا الباب يذمر أموالهم هذا الطريق ولا كذلك مما يجب ابتداء بفعله قال (فان أراد حجة الاسلام لم يمنع منها) لانها واجبة عليه بايجاب الله تعالى من غير صمنه (ولا يسلم القاضي النفقة اليه ويسلمها الى ثقة من الحاج بنفقتها عليه في طريق الحج) كي لا يتلفها في غير هذا الوجه (ولو أراد عمرة واحدة لم يمنع منها) استحسانا لاختلاف العلماء في وجوبها بخلاف ما زاد على مرة واحدة من الحج (ولا يمنع من القران) لانه لا يمنع من افراد السفر لكل واحد منهما فلا يمنع من الجمع بينهما (ولا يمنع من أن يسوق بدنة) تحزرا عن موضع الخلاف اذ عند عبد الله بن عمر رضي الله عنه لا يجزئه غيرها وهي جزر أو بقرة قال (فان مرض أو وصي بوصا في القرب وأواب الخير جاز ذلك في ثلثه) لان نظره فيه اذهي حالة انقطاعه عن أمواله والوصية تختلف ثناء أو ثوبا وقد ذكرنا من التفرعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى قال (ولا يجزئ على الفاسق اذا كان مصححا له عندنا والفسق الاصل والطارئ سواء) وقال الشافعي يجزئ عليه زجره وعقوبة عليه كافي السفية ولهذا لم يجعل أهلا للولاية والشهادة عنده ولما قوله تعالى فان آنتم منهم رشنا فادفعوا اليهم أموالهم الآية الله به دون ما وضع الكلام له لا ما ذكر في الكتاب فانه انما يصح في حق السفية فقط فحينئذ لا يكون لبحث ذلك القائل وجه كالايجزئ (قوله ولما قوله تعالى فان آنتم منهم رشنا فادفعوا اليهم أموالهم الآية

الصوم فعليه الصوم ليس الا وان لم يكن ولزمه الدم يؤدي اذا أصح (فان مرض أو وصي) وقيد بالمرض باعتبار أن الوصية غالباً تكون في المرض فان السفية الصحيح اذا أوصى بوصية فحكمها كحكم المريض والقياس ينفيها كالتبرع في حياته واستحسنوا فيها اذا وافق الحق وما يتقرب به الى الله تعالى أن يكون من الثلث لان نظره فيه لان وجوبها بعد وقوع الاستغناء من المال في أمر دنياه وحينئذ لا نظره في المانع وانما النظر له في كسب الثناء الحسن بعد موته وفي تنفيذ هذالك

(٤١ - تكملة سابع) (وقد ذكرنا من التفرعات أكثر من هذا في كفاية المنتهى) فن ذلك ما قال ان الذي بلغ سفيا والصبي الذي لم يبلغ وهو يعقل ما يصنعه عندنا سواء الا في أربعة مواضع أحدها أنه يجوز للاب ولو وصى الاب أن يتصرف على الصغير يشتري له ما لا ويبع ولا يجوز تصرف الاب ولو وصى الاب على البالغ السفية له بأمر الحكم والثاني أنه يجوز نكاحه ولا يجوز نكاح الصبي العاقل والثالث أنه يجوز طلاقه وعتاقه ولا يجوز طلاق الصبي العاقل ولا عتاقه (والرابع أن الذي لم يبلغ اذا بر عبده لا يصح تبديره وهذا السفية اذا بر عبده صح تبديره (قوله ولا يجزئ على الفاسق اذا كان مصححا له عندنا والفسق الاصل والطارئ سواء وقال الشافعي رحمه الله يجزئ عليه) ومبنى هذا الاختلاف على أن الجرح عنده للزجر والعقوبة والفاسق مستحق لذلك فيجبر عليه وان كان مصححا له وعندنا لا ينظر له في ماله فاذا أصح ماله لم يبق عليه حجر (وذلك لان الله تعالى قال فان آنتم منهم رشنا فادفعوا اليهم أموالهم الآية)

(قوله فلا يلزم اقراره شيئا الا في الولدان الخ) أقول في غاية البيان ثم لا يصدق السفية في اقراره بالنسب اذا كان رجلا الا في أربعة أشياء في الولد والوالد والزوجة ومولى العتاقة وان كانت المنسدة امرأ فأنما تصدق في ثلاثة أشياء بالولد والزوجة ومولى العتاقة انتهى فتنبه لما بينهما من المخالفة (قوله الا في أربعة مواضع) أقول يعني سوى الوصية حيث علم حالها



وقد أُنس منه نوع عرشدفتناوله الذمكة المطلقة ولأن الفاسق من أهل الولاية عندنا لا سلامه  
فيكون والياً للتصرف وقد قررناه فيما تقدم وبحجر القاضي عندهما أيضاً وهو قول الشافعي بسبب  
الغفلة وهو أن يغيب في التيارات ولا يصير عنها السلامة قلبه لما في الحجر من النظره

عندنا لاسلامه فيكون  
وليس التصرف وقد قررناه  
قبلاً (تقدم) يعني في أول  
كتاب النكاح (ويحجر القاضي  
عندنا أيضاً وهو قول  
الشافعي على من ليس  
بسفیه لكنه متغفل) يعني  
في التجارات (ولا يصبر عنها  
لسلامة قلبه لما في الحجر من  
النظر له) واعرض بأنه  
خلاف ما ثبت عن النبي  
صلى الله عليه وسلم فإنه  
ما حجر على حبان بن منة  
وكان يغيب في التجارات بل  
قال صلى الله عليه وسلم  
قل لا خلاية ولى الخیار  
ثلاثة أيام وأجيب بأن الحجر  
على المغفل ثبت بدلالة قوله  
تعالى ولا تؤثروا السفهاء  
أموالكم لما أنه يتلف الاموال  
كالسفيه فلا يعارضه خبر  
الواحد ورد بأن ذلك لمنع المال  
وليس التزاع فيه واغما التزاع  
في الحجر والله سبحانه وتعالى أعلم

وقد أونس منه نوع ورشد فتنأوله النكرة المطلقة قال في النهاية وفي المبسوط فقوله تعالى ورشدا منكرا في موضع الإثبات والنكرة في موضع الإثبات تخص ولا تم فإذا أوجد ورشد ما فقد وجد الشرط فيجب دفع المال إليه انتهى (أقول) تقرير دليل أئمتنا في هذه المسئلة على الوجه المذكور في الكتاب وفي المبسوط ينتقض بقول أبي يوسف ومحمد رحمهما الله في السفية المصلح في دينه دون ماله فإنه يجبر عليه عندهما كما مر مع أنه قد أونس منه نوع ورشد وهو الرشد في دينه فتنأوله النكرة المطلقة فيجب أن يدفع إليه أيضا ماله والظاهر في تقرير استدلال اعتنا بالآية الكريمة المذكورة ما ذكره صاحب الكفاية بعدد كرماني الكتاب وشرحه على وفق ما في المبسوط حيث قال ولان الرشد في المال مراد بالاجماع فلا يكون الرشد في الدين مرادا كي لا تعم النكرة المطلقة أولان الدفع معلق بآيائنا رشدا واحدا لانه نكرة في موضع الإثبات فلا يكون الرشد في الدين مرادا لانه حينئذ يكون معلقا برشدين انتهى فتدبر (قوله ولان الفاسق من أهل الولاية عندنا لا سلامه فيكون والباللتصرف) أقول يراد بالنقض بالسفيه المصلح في دينه دون ماله على قوله ما لا محالة لان الاسلام فيه أيضا متحقق بل فيه أقوى فلزم أن يكون من أهل الولاية فينبغي أن يكون والباللتصرف أيضا غير مجبور عليه كما ذهب إليه أبو حنيفة رحمه الله (قوله ويجبر القاضي عندهما أيضا وهو قول الشافعي بسبب الغفلة وهو أن يجبر في التجارات الخ) واعترض بأنه خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم فإنه ما يجبر على حبان من منقذ وكان يجرى في التجارات بل قال له قل لا خسارة لي الخيار ثلاثة أيام فأثبت له البيع بشرط الخيار وما يجبر وأجيب بأن الجبر على المغفل ثبت بدلالة قوله تعالى ولا تؤثروا السفهاء أموالكم ما أنتم بتلاف الأموال كالسفيه فلا يعارضه خبر الواحد كذا ذكره تاج الشريعة قال صاحب اعناية بعدد كرا الاعتراض والجواب ورد بأن ذلك المنع المال وليس النزاع فيه وانما النزاع في الجبر انتهى وقال بعض الفضلاء ويجوز أن يقال يفهم منه الجبر أيضا بطريق الدلالة وان لم يفد المنع كما سبق من دليلهما اه (أقول) ويجوز أن يرده هذا أيضا بأن الجبر أبلغ من منع المال في العقوبة كما مر في دليل أبي حنيفة على عدم الجبر على السفيه فأني يفهم من منع المال الجبر بطريق الدلالة وأن منع المال يفيد لان غالب السفه في الهبات والصدقات وذلك يقف على اليد كما مر هذا أيضا في دليله جوابا عن قولهما المنع لا يفيد بدون الجبر فيسقط قول ذلك القائل ههنا وان لم يفد المنع كما سبق من دليلهما وقال الشارح العيني بعد نقل ما ذكره تاج الشريعة وصاحب العناية قلت فيه نظر لان في حديث حبان بن منقذ نوع حجر لانه عليه الصلاة والسلام أطلق له البيوع كلها بالخيار فصار كالمجور في البيوع المطلقة فافهم اه (أقول) ليس ما قاله بنى إذ لا شأن له بالجبر في الحديث لمزبور على حبان في شيء بل فيه ارشاده الى ما يليق بحاله من شرط الخيار في البيع وقول الشارح المذكور لصار كالمجور في البيوع المطلقة يشعر باعترافه أيضا بأنه لم يصبر مجورا عليه حقيقة في شيء فلا يجدي ما قاله شيأ ههنا ولو سلم دلالة الحديث على كونه مجورا عليه في البيوع المطلقة أي في البيوع التي لم يشترط فيها الخيار فلا نفع لها في دفع مادة الاعتراض ههنا فان مذهب الامامين والشافعي أن يجبر لقاضي على المغفل في بيعه مطلقا أي سواء شرط فيها الخيار أم لا فيرد عليه أن الجبر على المغفل في بيعه التي شرط فيها الخيار خلاف ما ثبت عن النبي صلى الله عليه وسلم في حديث حبان بن منقذ

(قوله نذكر الرشدة وهو باطلا فانه يتناول اقليل منه والكثير) أقول وللخصم أن يمنع مستنداً بانصراف المطلق الى الكامل (قوله ومن أصلح في ماله الخ) أقول وكذا من أصلح دينه دون ماله كالمغفل فلما ذكرناه ينتقض به فتأمل (قوله ورد بان ذلك مانع المال) أقول ويجوز أن

يقال يفهم منه الحجر أيضا بطريق الدلالة والام يفقد المنع

الغلام بالاحتلام والاحبال  
والانزال اذا وطئ والاصل  
هو الانزال قال الله تعالى  
واذ بلغ الاطفال منكم الحلم  
فان لم يوجسد شي من ذلك  
فحكي بتم له ثمانى عشر سنة  
وبلوغ الجارية بالحيض  
والاحتلام والحبل فان لم  
يوجد ذلك فحكي بتم لها  
سبع عشر سنة عند ابى  
حنيفة رضى الله عنه  
وقال اذا تم للغلام والجارية  
خمس عشرة سنة فقد بلغا  
وهو رواية عنه وهو قول  
الشافعى رحمه الله وكلامه

ظاهراً ولا يحتاج إلى شرح  
وانما قال وهذا أقل ما قيل  
فيه لان بعضهم قال اثنتان  
وعشرون سنة وبعضهم  
خمس وعشرون سنة وهو  
قول عمر رضي الله عنه (قوله  
واذا رآه في الغلام أو  
الجارية) يقال رهقه أى  
دنى منه وصحبى مرأى  
أى دان اللحم (وأشكلى أمره  
في البلوغ ولم يعلم ذلك الا  
منه فقال قد بلغت) فالقول  
قولهما) ثم قيل انما يعتبر  
قوله بالبلوغ اذا بلغ اثنتى  
عشرة سنة أو أكثر ولا  
يقبل فيما دون ذلك لان  
الظاهر يكذبه وقد أشار  
إلى ذلك بقوله (وأدنى  
المدة لذلك في حق الغلام  
اثنا عشر سنة وفي حق

فصل في حد البلوغ **قال** (بلوغ الغلام بالاحتلام والاحبال والانزال اذا وطئ فان لم يوجده ذلك فحتى يتم له ثمانى عشرة سنة وبلوغ الجارية بالحيض والاحتلام والحبل فان لم يوجده ذلك فحتى يتم لها سبع عشرة سنة وهذا عند أبي حنيفة وقال اذا تم للغلام والجارية خمس عشرة سنة فقد بلغا وهو رواية عن أبي حنيفة وهو قول الشافعى وعنه فى الغلام تسع عشرة سنة وقيل المراد أن يطعن فى التاسع عشرة سنة ويتم له ثمانى عشرة سنة فلا اختلاف وقيل فيه اختلاف الرواية لانه ذكر فى بعض النسخ حتى يستكمل تسع عشرة سنة أما العلامة فلان البلوغ بالانزال حقيقة والحبل والاحبال لا يكون الا مع الانزال وكذا الحيض فى أوان الحبل فبجعل كل ذلك علامة البلوغ وأدنى المدة لذلك فى حق الغلام اثنتا عشرة سنة وفى حق الجارية تسع سنين وأما السن فلهم العادة القاشية أن البلوغ لا يتأخر فيه ما عن هذه المدة وله قوله تعالى حتى يبلغ أشده وأشد العصبى ثمانى عشرة سنة هكذا قاله ابن عباس وتابعه القتبى وهذا أقل ما قيل فيه فبنى الحكم عليه للتيقن به غير أن الاماث نشوه من وادرا كهن أسرع فنقصنا فى حقهن سنة لاستمالة على الفصول الاربعة التى وافق واحد منها المراجع للاحالة قال (واذا راقى الغلام أو الجارية الحلم وأشكل أمره فى البلوغ فقال قد بلغت فالقول قوله وأحكامه أحكام البالغين) لانه معنى لا يعرف الا من جهتهم ما ظاهرا فإذا أخبرا به ولم يكذبهما الظاهر قبل قوله ما فيه كما يقبل قول المرأة فى الحيض

فصل في حد البلوغ **البلوغ** في اللغة الوصول وفي الاصطلاح انتهاء الصغر ولما كان الصغر أحد أسباب الحجر لم يكن بذهن بيان انتهائه وهذا الفصل لبيان ذلك (قوله وهذا أقل ما قيل فيه فينبغي الحكم عليه للتيقن به) أقول برده على قوله للتيقن به اعتراض قوى وهو أنه لا شك أن المتيقن به في بلوغ الصبي رشدناه أو أكثر ما قيل في أشده من المدد دون أقل ما قيل فيه منها لأنه إذا بلغ الاكثر منها فقد بلغ الاقل منها دون العكس نعم وجود الاقل في نفسه لا يستلزم وجود الاكثر بخلاف العكس لكن ليس الكلام ههنا في وجود مدة في نفسها بل في كون تلك المدة أشد الصبي والمتيقن به فيه انما هو أكثر ما قيل في أشده فلا ريب ثم اني لم أر أحدا من الشراح حام حول هذا الاشكال سوى تاج الشريعة وصاحب الكفاية فانهما قالوا لا قبل ينبغي أن يقال بالاكثر لانه المتيقن اذا لا بد في يكون في الاكثر دون العكس فلنا اول الآية ولا تقر بوامال التيسير الى قوله حتى يبلغ أشده والله تعالى مد الحكم الى غاية الاشد وأقل ما قيل في تفسيره ثمانى عشرة وهو المتيقن اذا لم يدا الى أقصاه لا بد أن يمد الى ثمانى عشرة ولو مذهب اليا لا يكون ممتدا الى أقصاه فكانت ثمانى عشرة متيقنا في كون الحكم ممتدا اليها فينبغي الحكم عليه انتهى (أقول) في الجواب نظر لان الاشد في الآية الكريمة المذكورة منتهى الحكم السابق وغايته كما يدل عليه قطعاً قوله تعالى حتى يبلغ أشده فمجرد دخول مد الحكم السابق الى ثمانى عشرة في مده الى أقصى ما قيل في تفسير الاشد لا يلزم كون ثمانى عشرة منتهى الحكم السابق وغايته حتى يلزم كونها أشده فيما اذا مد الحكم الى أقصاه أيضا وانما يلزم وجودها في نفسها في ضمن وجود مدة أكثر منها فلم يكن متيقنا من حيث كونها الاشد بل من حيث وجودها في نفسها والمطلوب ههنا هو الاول دون الثاني فلا يتم التقريب والحق في أصل التعليل أن يقال وهذا أقل ما قيل فيه فينبغي الحكم عليه للاحتياط كإلحاق في الكافي والنبين الا أنه قال في الكافي بعد قوله للاحتياط ولانه متيقن به وأما في التبيين فقد اكتفى بقوله للاحتياط وهو

لا صوب

﴿ فصل في حد البلوغ ﴾ قال المصنف ( فينبي الحكم عليه للتبقي به ) أقول فيه بحث

باب الحجر بسبب الدين

الدين ايضا من اسباب الحجر عندهما لكن بشرط طلب الغرماء ذلك فكان بمنزلة المركب فلا جرم أثر تأخيرهم وينبغي للقاضي أن يشهد أنه حجر عليه في ماله احتياطاً لتفي (٣٣٤) التجاحدان وقع وان يبين أن الحجر كان بسبب الدين لانه مختص بالمال

باب الحجر بسبب الدين

(قال أبو حنيفة لا أجز في الدين وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماءه حبسه والحجر عليه لم أجز عليه) لان في الحجر اهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص (فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم) لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص

باب الحجر بسبب الدين

تلقيب هذا الباب بالحجر بسبب الدين وما قبله بالحجر للفساد ما على قولهم ما فقط كما قالوا في فصل تكبيرات التشريق من كتاب الصلاة وفي باب مقاسمة الخدم من علم الفرائض لان أبو حنيفة لا يرى شيئاً منها وأما على قولهم جميعاً بناء على تعلق نظر كلهم بذلك اثباتاً منسماً ونفياً منه ثم إن الحجر بسبب الدين لما كان مشروطاً بطلب الغرماء كان فيه وصف زائد فصار بالنظر إلى ما قبله بمنزلة المركب من المفرد فلا جرم أثر تأخيرهم عنه (قوله قال أبو حنيفة رجحه الله لا أجز في الدين وإذا وجبت ديون على رجل وطلب غرماءه حبسه والحجر عليه لم أجز عليه لان في الحجر عليه اهدار أهليته فلا يجوز لدفع ضرر خاص) قال صاحب العناية في هذا المقام وأبو حنيفة لا يجوز له لان فيه اهدار أهليته وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الأعلى للدني انتهى (أقول) لا يذهب عليك أن قوله فلا يترك الأعلى للدني لا يناسب ما قبله من المتقدمين بل ينافيه في الظاهر فكان حق العبارة أن يقال فلا يتحمل الأعلى لدفع الأذى كما قاله المصنف في أوائل باب الحجر للفساد وأشار إليه ههنا بقوله فلا يجوز لدفع ضرر خاص وعن هذا قال بعض الفضلاء ولعل العبارة فلا يرتكب وقوله فلا يترك سهو من الناسخ انتهى \* ثم أقول يمكن توجيه ما عليه السمع إلا أن بوجوه الاول أن يحصل المراد بالأعلى في قوله فلا يترك الأعلى للدني على أهلية المدينون لأعلى اهدار أهليته وبالأدنى على المال نفسه لأعلى ضرره يرشداً إليه أنه قال لا أدنى ولم يقل لدفع الأذى كما قاله المصنف ولا شك أن كون اهدار أهليته ضرراً فوق ضرر المال انما هو بسبب كون أهليته أعلى أي أشرف وكون المال أدنى أي أخس فان ضرر نفوس الأشرف فوق ضرر نفوس الأخس لا محالة فان قلت المطابق لقوله في السؤال الآتي وانما يكون الاول أعلى أن لو كانا في شخص واحد أن يكون المراد بالأعلى اهدار الأهلية وبالأدنى ضرر رايقابه قلت تطبيق ما في الموضعين في حيز السراد غير لازم فان علون نفس الأهلية شرفاً وعلو اهدارها ضرراً متلاً زمان وكذا دافاة نفس المال ودفاعة ضرره فجاز أن يراد بالأعلى والأدنى في موضع نفس الأهلية ونفس المال وفي موضع آخر ضررهما ويحصل بهذا القدر ما هو المقصود وفي كل من الموضعين كما لا يخفى على المتأمل والثاني أن يحصل الترك المتق في قوله فلا يترك على معنى الإبقاء فيكون معنى قوله فلا يترك الأعلى للدني فلا يبق الضرر الأعلى لاجل الضرر الأدنى أي لاجل دفعه ومحبي الترك بمعنى الإبقاء واقع في التنزيل كقوله جعل اسمه وتركنا عليه في الآخرة أي أبقينا نص عليه في القاموس وشائع في كلام المصنفين حيث يقولون ترك على حاله ووقع في كلام المصنف أيضاً في هذا الباب حيث قال ويترك عليه دست من

الموجوده في الحال دون ما يحدث له بالكسب أو غير محقق يعلم أنه لو تصرف في الحادث نفذ وأن يبين من الحجر لاجله باسمه لانه يرتفع ببراء الغريم ووصول حقه اليه فيحتاج الى معرفته (وأبو حنيفة رجحه الله لا يجوز له لان فيه اهدار أهليته) وذلك ضرر فوق ضرر المال فلا يترك الأعلى للدني فان قيل اهدار الأهلية ضرر يلحق المدينون وترك الحجر ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول أعلى أن لو كانا في شخص واحد فالجواب أن ضرر الدائن ينسدع بالحبس لا بحالة والجس ضرر يلحق المدينون مجازاة شرعاً ولو لم يكن أعلى ما تدفع به ضرر الدائن واهدار الأهلية أعلى من الحبس فيكون أعلى من ضرر الدائن وإذا كان كذلك (فان كان له مال لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع حجر ولانه تجارة لا عن تراض فيكون باطلا بالنص

باب الحجر بسبب الدين

(قوله فلا يترك الأعلى للدني) أقول فيه بحث ولعل العبارة فلا يرتكب وقوله فلا يترك سهو من الناسخ (قوله وانما يكون الاول أعلى الخ) أقول في الحصر بحث (قوله ولو لم يكن أعلى) أقول من ضرر الدائن (قوله واهدار الأهلية أعلى الخ) أقول فيه بحث قال المصنف (ولانه تجارة لا عن تراض الخ) أقول قال الله تعالى ولاناً كلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض

ثياب بدنه ويبيع الباقي **فان قلت** معنى الابقاء لا يناسب هذا المحل لان المتبادر من نفي ابقاء اهدار  
 الاهلية تحقيق اهدارها أولا اذا البقاء فرع التحقيق ومذهب أبي حنيفة أن لا يجوز اهدار أهلية الانسان  
 رأسا دون فيه الحاقه باليهائم **قلت** لان سلم تبادر ذلك في صورة النفي وكون البقاء فرع التحقيق انما هو في  
 الثبوت ولئن سلم ذلك فيمكن أن يلتزم المحل على خلاف المتبادر من ظاهر اللفظ بقدرينة المقام  
 والثالث أن تحمل كلمة لا في قوله فلا يترك على الزائدة كما في قوله تعالى للاباء علم أهل الكتاب وفي قوله  
 تعالى لا أقدم بهذا البلد وغيرهما من الامثلة **فان قلت** قد عرفت مواقع زيادة لا في أكثر كتب  
 النحو أحدها مع الواو بعد النفي وثانيها بعد أن المصدرية وثالثها قبل القسم على قلة ورابعها مع  
 المضاف على الشدة وذو وما نحن فيه ليس منها في شيء **قلت** ذكر ابن هشام في مغنى اللبيب وقوع  
 لا الزائدة في مواضع من التنزيل وعدمها قوله تعالى وما يشعركم أنها اذا جاءت لا يؤمنون فيمن فتح  
 الهمزة وقال فقال قوم منهم الخليل والفارسي لازائدة والالكان عذرا للكفار وعدمها أيضا قوله  
 تعالى وحرام على قرية أهلكناها أنهم لا يرجعون وقال فقبل لازائدة والمعنى تمتنع على أهل قرية قدرنا  
 اهلا لهم لكفرهم أنهم يرجعون عن الكفر الى قيام الساعة اه ولا يخفى أن هذين الموضعين ليسا  
 من المواقع الاربعه المعينة وموافقين لما نحن فيه فكفي بهما حجة لهذا الوجه من التوجيه **فان قلت**  
 لا ينتظم حينئذ آخر الكلام وهو قوله لا أدنى اذ لا معنى لأن يقال يترك الضرر الأعلى للضرر الأدنى فان  
 ترك الضرر الأعلى على ليس للضرر الأدنى بل لكونه أشد وأقبح منه ثم ان هذا اذا لم يكن معنى قوله لا أدنى  
 لدفع الأدنى وأما اذا كان معناه ذلك كما هو الظاهر ففساد المعنى أظهر اذ يصير المعنى اذ ذلك فيترك الضرر  
 الأعلى لدفع الضرر الأدنى فيلزم أن لا يتحمل شيء من الضررين وليس كذلك قطعاً **قلت** يمكن نظم  
 ذلك بأن يحمل اللام في قوله لا أدنى على معنى عند فيكون معنى الكلام فيترك الضرر الأعلى عند تيسر  
 الضرر الأدنى لوجوب اختيار أهون الشرين وهذا معنى مستقيم كما ترى ويجوز اللام بمعنى عند قد  
 ذكره ابن هشام في مغنى اللبيب ومثله بقولهم كتيبه الخمس خلون وقال وجعل منه ابن جني قراءة  
 قوله تعالى بل كذبوا بالحق لما جاءهم بكسر اللام وتخفيف الميم اه والانصاف ان هذا الوجه  
 أبعد الوجوه التي ذكرنا لتوجيه كلام صاحب العناية ههنا لكن مقصودنا بيان جملته ما لوحظ  
 من الاحتمالات في توجيه كلامه بحسب الامكان على القواعد العقلية والنقلية ثم قال صاحب  
 العناية فان قيل اهدار الاهلية ضرر يلحق المديون وترك الجور ضرر يلحق الدائن وانما يكون الاول  
 أعلى لو كان في شخص واحد فالجواب أن ضرر الدائن يندفع بالحبس لا بحالة والحبس ضرر يلحق  
 المديون مجازاة شرعا ولو لم يكن أعلى ما ندفع به ضرر الدائن واهدار الاهلية أعلى من الحبس فيكون أعلى  
 من ضرر الدائن اه كلامه (أقول) حاصل السؤال منع كون اهدار أهلية المديون أعلى ضررا من  
 ضرر الدائن مستندا بكونهم ما في شخصين دون شخص واحد وحاصل الجواب اثبات المقدمة الممنوعة  
 بطريق قياس المساواة بحيث يظهر منه بطلان السند أيضا **فقرره** أن اهدار الاهلية أعلى ضررا من  
 الحبس والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن ينتج ان اهدار الاهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن بملاحظة  
 مقدمة مقررة وهي أن الأعلى من الأدنى من الشيء أعلى من ذلك الشيء ولا شك ان هذا القياس يقتضي  
 كون اهدار الاهلية أعلى ضررا من ضرر الدائن وان كانا في شخصين فسقط المنع وبطل السند ولكن  
 لما كان في المقدمة الثانية من القياس المزبور وهي قولنا والحبس أعلى ضررا من ضرر الدائن فوقع  
 خفاء بينهما الشارح المذكور وأول ما حاصله أن ضرر الدائن يندفع بالحبس ولو لم يكن الحبس أعلى ضررا  
 من ضرر الدائن لما ندفع هذا بذلك ثم ذكر المقدمة الاولى والنتيجة لظهورها بلا بيان \* ثم أقول  
 في الجواب بحث أما أولا فلا أن قوله ان ضرر الدائن يندفع بالحبس لا محالة في حيز المنع لجواز أن يختار



المديون الحبس أبدا ولا يوفي حق الدائن فلا يندفع حينئذ ضرر الدائن وأما ما يافلا أن الحبس لو كان  
أعلى ضررا من ضرر الدائن لما جاز الحبس عند أبي حنيفة رجه الله بناء على مقتضى قوله لا يتحمل الضرر  
الآخر على دفع الضرر الأدنى كما هو الأساس في اثبات مذهبه في هذه المسئلة مع أن الحبس جائز بالإجماع  
ومتعين عند أبي حنيفة ويمكن أن يجاب عن الأول بأن اختيار المديون الحبس الأبدى مع قدرته على  
أداء الدين بعيد جدا غير واقع في العادة إلا بغاية الندرة ومبنى الأحكام الشرعية على الغالب الأكثر  
وعن الثاني بأن الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل هو مع ذلك جزاء انظم المديون الدائن  
بالمطالبة وقد صرح المصنف في فصل الحبس من كتاب القضاء بكون الحبس من جزاء المطالبة حيث  
قال وإذا ثبت الحق عند القاضي وطلب صاحب الحق حبس غريمه لم يعجل بحبسه وأمره بدفع ما عليه  
لأن الحبس جزاء المطالبة فلا بد من ظهورها وأشار إليه الشارح المذكور في أثناء الجواب المزبور بقوله  
والحبس ضرر يلحق المديون مجازاة شرعا ولعل قصده الإشارة إليه كان باعنا على ذكر هذه المقدمة أثناء  
الجواب والافلامدخل له أصلا في اثبات المقدمة المنوعة في السؤال كما ظهر من تقريرنا السابق فإذا  
كان كذلك فاختيار الحبس للمجازاة الشرعية مع اندفاع ضرر المال عن الدائن به أيضا لا لمجرد دفع هذا  
الضرر الذي هو أدنى من ضرر الحبس حتى ينتقض به قول أبي حنيفة لا يتحمل الآخر على دفع الأدنى فإن  
قلت هب أن الحبس ليس لمجرد دفع ضرر المال عن الدائن بل له وجزاء ظلم المطالبة معال لكن يندفع به ظلم  
المطالبة أيضا كما يفصح عنه قول المصنف فيما بعد ولكن يحبس أبا حنيفة يبيعه في دينه إيفاء لحق الغرماء  
ودفع الظلم اه في قياس المقدمة المذكورة في الجواب الثالثة ولو لم يكن أعلى ما ندفع به ضرر الدائن يقال  
ولو لم يكن الحبس أعلى من ظلم المطالبة لما اندفع به ذلك الظلم فيلزم أن يكون الحبس أعلى من ظلم المطالبة  
أيضا فيعود انتقاض قوله لا يتحمل الآخر على دفع الأدنى بالحبس قلت المندفع بالحبس ظله الآخر وهو  
المراد بقول المصنف فيما بعد دفعا لظلمه لا ظلمه الماضي إذ لا مجال لدفع ما تحقق فيما مضى من المطالبة  
لأنه عرض لا يتيق والذى جعل الحبس جزاءه انما هو ظلمه الماضي واختيار الحبس لمجازاة ظلمه الماضي  
مع دفع ظلمه الآخر ودفع ضرر المال عن الدائن أيضا فلا يمتشي النقض بالنظر إلى مجازاة ظلمه الماضي  
كما لا يخفى ولئن سلم كون الحبس أعلى من ظلمه مطلقا ومن ضرر الدائن فنقول ان قوله لا يتحمل الآخر على  
لدفع الأدنى قول على موجب القياس والحبس قد ثبت بالنص من كتاب وسنة على ما صرحوا به في  
فصله وفصلوه فيترك به القياس بخلاف الجرح بسبب الدين فإنه لم يثبت بنص فيجوز فيه القياس وبسبب  
النقض بالحبس قطعاً لا يقال الجرح بسبب الدين أيضاً ثبت بالنص وهو ما روى ان معاذاً ركبته ديون  
فباع رسول الله صلى الله عليه وسلم ماله وقسم غنمه بين غرمائه بالخصص كما ذكر في البدائع والتبيين  
وبعض شروح هذا الكتاب دليلاً على قول الامام في هذه المسئلة لاننا نقول أجاوبه عنه في تلك  
الكتب أيضاً عن قبل أبي حنيفة بأن بيع النبي صلى الله عليه وسلم مال معاذ كان باقنه استعان بالنبي  
عليه الصلاة والسلام وقالوا والدليل عليه أن بيع ماله لا يجوز حتى يأمره ويأبى ولا يظن بمعاذ رضي الله  
عنه أن يخالف أمر رسول الله صلى الله عليه وسلم وقال في البدائع مع ما روى أنه طلب من رسول الله  
صلى الله عليه وسلم أن يبيع ماله لينال بركته فيصير دينه مقضياً ببركته اه فظهر أنه لا نص يدل على  
حوال الجرح بسبب الدين فتعين أن المدار فيه هو القياس وتحقيق هذا المقام على هذا المنوال من  
الأسرار التي وفقت لها بتوفيق الله تعالى ثم ان من العجائب ههنا أنى قد ابتليت في زمان من الأزمان  
بأن أمتحن مع بعض من عدى من الأهالي والاعيان لأجل بعض من المدارس في يوم واحد من كتب ثلاثة  
الهداية وشرح المواقف وشرح المفتاح فاتفق أن يقع البحث من هذا الكتاب من أول هذا الباب  
فكان استخراج بعض من أصحاب الامتحان في هذا المقام على أن تكون كلمة لوفى قول صاحب العناية

(ولكن يحبسها أبدأ حتى يبيعه في دينه) اي فاملحق الغرماء ودفعوا الظلمه (وقال اذا طلب غرماء المفلس  
الخجر عليه جبر القاضي عليه

في الجواب ولولم يكن أعلى ما تدفع به ضرر الدائن وصليته فجعل كلمة أعلى مضافة الى كلمة ما وجعل كلمة  
ما موصولة قبسني على هذا الاستخراج خرافات من الاوهام فلما عرض ذلك على الصدرين اللذين كانا  
حكمين في ذلك الامتحان بيننا بطلانه وشنعنا عليه جدا ومع ذلك لم يرجع عن رأيه الباطل بل أصر عليه  
وراجع بعض الوزراء واستعان بشهادة بعض من جهلة المدرسين بالمدارس العالية فوقع النزاع وشاع  
الامر حتى كادت تقع فتنة عظيمة ولله درمن قال رحم الله امرأ عرف قدره فلم يتعد طوره (قوله ولكن  
يحبسها أبدأ حتى يبيعه في دينه) أقول يريد على ظاهر عبارة المصنف ههنا ما أورده صاحب العناية على  
نظيرها في أوائل باب الخجر للفساد بأن قال تسامح عبارته في الجمع بين الابدو حتى ظاهر ويمكن توجيهه  
عبارته ههنا أيضا بما وجهناه عبارته هناك من حمل الابد على الزمان الطويل الممتد ويمكن ههنا  
توجيه آخر وهو أن تكون كلمة حتى ههنا بمعنى كي دون الى فيصير معنى الكلام ولكن يحبسها أبدأ  
ليكون سببا لبيعه فلا مسامحة في الجمع أصلا إذ المسامحة انما هي في الجمع بين الابدو حتى بمعنى الانتهاء  
دون السببية كما لا يخفى نعم لا يقصد بالابد معنى الدوام البتة ولكنه أمر آخر وراه المسامحة في الجمع  
تأمل تقف (قوله وقال اذا طلب غرماء المفلس الخجر عليه جبر القاضي عليه) أقول لقائل أن  
يقول لا يجب أن يكون المحجور عليه مفلسا بل يجوز الخجر على الغني أيضا عندهما نظر الغرماء بل الخجر  
بسبب الدين انما يقيده فائده في حق الغني دون المفلس كما لا يخفى على الفطن فذكر المفلس في وضع  
المسئلة ليحل بحق لا يقال قد ذكر في النهاية وغيرها نقلا عن الذخيرة أن من مشايخنا من قال مسئلة  
الخجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس حتى لو خجر عليه ابتداء من غير أن يقضى عليه  
بالافلاس لا يصح خجره بالاخلاف والافلاس عندهما يتحقق في حالة الحياة فيمكن للقاضي القضاء  
بالافلاس وبالخجر بناء عليه وعند أبي حنيفة رحمه الله الافلاس في حال الحياة لا يتحقق فلا يمكنه  
القضاء بالافلاس أولا وبالخجر بناء عليه ومنهم من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة فعلى هذا القول  
المانع من الخجر عند أبي حنيفة كون الخجر متضمنا لحاق الضرر بالمحجور ولا تعلق له بالقضاء  
بالافلاس اه فيجوز أن يكون ذكر المفلس في وضع المسئلة في الكتاب بناء على اختيار قول من قال  
مسئلة الخجر بسبب الدين بناء على مسئلة القضاء بالافلاس لاننا نقول ما ذكر في الكتاب في تضعيف  
بيان المذهبين في هذه المسئلة ونقرر رد اليهما كقوله في مذهب أبي حنيفة وان كان له مال  
لم يتصرف فيه الحاكم لانه نوع جبر وقوله في مذهب مالك لانه عساه يلجئ ماله في فوت حقهم وقوله فيه  
أيضا وباع ماله ان امتنع المفلس من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص بدل قطعا على أن ليس مدار  
ما في الكتاب على اختيار قول من قال مسئلة الخجر بناء على مسئلة القضاء بالافلاس اذ القضاء  
بالافلاس لا يتصور فيما اذا ظهر ماله وتلك الاقوال المذكورة في الكتاب صريحة في ظهور ماله بل  
مدار ما في الكتاب على اختيار قول من جعل هذه المسئلة مسئلة مبتدأة غير مبنية على مسئلة  
القضاء بالافلاس كما لا يخفى فالجواب أن يقال ليس المراد بالمفلس في قوله اذا طلب غرماء المفلس الخجر  
عليه معناه الحقيقي بل المراد به ما من يدعي الافلاس فيتناول الغني أيضا اذ الظاهر أن المدين الذي  
لا يؤدي دينه يدعي الافلاس وان كان غنيا في نفسه وامان حاله حال المفلس ولا شك أن الغني الذي  
لا يؤدي دينه حاله في عدم أداء الدين حال المفلس فلا يلزم تخصيص المسئلة بما هو مفلس حقيقة

ولكن يحبسها حتى يبيعه  
في دينه اي فاملحق الغرماء  
ودفعوا لظلمه وقال اذا  
طلب غرماء المفلس الخجر  
عليه جبر القاضي عليه

قال المصنف (ولكن  
يحبسها أبدأ حتى يبيعه)  
أقول فان قيل الحبس أيضا  
بعدم الرضا كما سبق في  
الاكراه فلا يصح البيع  
قلنا الحبس لقضاء الدين بما  
يختاره من الطريق فلا  
يكون اكراهها على البيع  
فليتأمل قال المصنف  
(ودفعوا لظلمه) أقول فان  
قضاء الدين واجب عليه  
والمماطلة ظلم

ومنعه التصرفات) وكلامه ظاهر ومعنى قوله بأقل من ثمن المثل أن يبيع بالغبن يسيرا كان أو فاحشا وقوله (التجسة موهومة) لانه احتمال مرجوح فلا يهدر به أهلية الانسان ولا يرتكب البيع بالتراض وقوله (والببيع ليس بطريق متعين لذلك) لانه يمكنه الايقاع بالاستقراض والاستيهاب والسؤال من الناس فلا يجوز للقاضي تعيين هذه الجهة عليه (بخلاف الحب والعنة) فان التفريق هنا لمتعين لانه لما يمكنه الامسالك بالمعروف تعين عليه التسريح بالاحسان فلما امتنع عن التسريح بالاحسان مع عجزه عن الامسالك بالمعروف ناب القاضي منابه في التفريق (٣٣٨) (قوله والحبس لقضاء الدين) جواب عن قولهما حتى يحبس برفع السين لاجله

ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء) لان الحجر على السفه انما يجوز اه نظرا له وفي هذا الحجر نظر للغرماء لانه عساه يلحق ماله فيقوت حقهم ومعنى قولهما ومنعه من البيع أن يكون بأقل من ثمن المثل أما البيع بثمن المثل لا يبطل حق الغرماء والمنع لحقهم فلا يمنع منه قال (وباع ماله ان امتنع المفسد من بيعه وقسمه بين غرمائه بالحصص عندهما) لان البيع مستحق عليه لابقاء دينه حتى يحبس لاجله فاذا امتنع ناب القاضي منابه كما في الحب والعنة قلنا التجسة موهومة والمستحق قضاء الدين والبيع ليس بطريق متعين لذلك بخلاف الحب والعنة والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق كيف ولو صح البيع كان الحبس اضرار بهما بتأخير حق الدائن وتعديب المدينين فلا يكون مشروعا قال (وان كان دينه دراهم وله دراهم قضى القاضي بغير امره) وهذا بالاجماع لان الدائن حق الاخذ من غير رضاه للقاضي أن يعينه (وان كان دينه دراهم وله تأخير أو على ضد ذلك باعها القاضي في دينه) وهذا عند أبي حنيفة استحسان والقياس أن لا يبيعه كما في العروض ولهذا لم يكن لصاحب الدين أن يأخذه جبرا وجه الاستحسان أنهم ما متحدان في الثنية والمالية مختلفان في الصورة فبالنظر الى الاتحاد ثبت للقاضي ولاية التصرف وبالنظر الى الاختلاف يسلب عن الدائن ولاية الاخذ عملا بالشبهين بخلاف العروض لان الغرض يتعلق بصورها وأعيانها أما النقود فوسائل فافترا (وباع في الدين النقود ثم العروض ثم العقار يبدأ باليسر فاليسر) لمافيه من المسارعة وقيل دستان وهو اختيار الى قضاء الدين مع مراعاة جانب المدينين (ويترك عليه دست من ثياب يذنه ويبيع الباقي) لانه كفاية شمس الأئمة الحلواني لانه اذا غسل ثيابه لا يذله من ملابس قال (فان أقر في حال الحجر باقراره ذلك بعد قضاء الديون) لانه تعلق بهذا المال حق الاوابين فلا يتمكن من ابطال حقهم بالاقرار لغيرهم

أى لاجل البيع وتقريره سلمنا لزوم الحبس لكنه ليس لاجل البيع بل لقضاء الدين بما اختاره من الطريق الذي ذكرناه من الاستقراض والاستيهاب وسؤال الصدقة وبيع ماله بنفسه (قوله كيف) أى كيف صح البيع (ولو صح البيع كان الحبس ظلما لانه اضرار بهما بتأخير حق الدائن وتعديب المدينين فلم يكن مشروعا) ولكنه مشروع بالاجماع فلم يصح البيع (قوله وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله) وانما خصه بالذكر وان كان هذا بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المدين في العروض وكان ينبغي أن لا يجوز في النقدين أيضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف (قوله عملا بالشبهين) قيل انما لم يعكس حيث لم يجزى للغريم ولاية الاخذ نظرا الى الاتحاد لانه يلزم ترك أحد الشبهين لان ولاية القاضي أعم وأقوى فلو ثبت للغريم ولاية الاخذ مع قصوره لثبت للقاضي لقوته وقوله (وباع في الدين النقود) حاصله أن القاضي نصب ناظر فينبغي أن ينظر للمدين كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان انتظره

(قوله ومنعه من البيع والتصرف والاقرار حتى لا يضر بالغرماء) أقول وجه ذلك التصرف المطلق بين البيع والاقرار مع أنهم ما من جنس التصرف أيضا غير واضح والعهدة في ذلك على القدوري لان هذه العبارة عبارة القدوري والمصنف معبر عنه ولكنه لو أصلها بتصرف لكان أصلها كالايجني (قوله وهذا عند أبي حنيفة استحسانا) قال كثير من الشراح انما خص بأبي حنيفة بالذكر وان كان هذا بالاجماع لان الشبهة ترد على قوله لانه كان لا يجوز بيع القاضي على المدين في العروض وكان ينبغي أن لا يجوز في النقدين أيضا لانه نوع من البيع وهو بيع الصرف اه (أقول) ما ذكره وما عاينتم أن لو كان عبارة المصنف وهذا عند أبي حنيفة بدون ذكر قوله استحسانا وأما عند ذكر قيد الاستحسان كما هو الواقع في كلام المصنف فقد كان ذلك مخصوصا بأبي حنيفة رحمه الله في الحقيقة فان كون جواز بيع النقدين بطريق الاستحسان دون القياس انما هو قول أبي حنيفة فقط وأما عندهما فيجوز بيع النقدين بطريق القياس فلا احتياج الى الاعتداد بترتيب

القاضي أعم وأقوى فلو ثبت للغريم ولاية الاخذ مع قصوره لثبت للقاضي لقوته وقوله (وباع في الدين النقود) (قوله) حاصله أن القاضي نصب ناظر فينبغي أن ينظر للمدين كما ينظر للغرماء فيبيع ما كان انتظره

قال المصنف (والحبس لقضاء الدين بما يختاره من الطريق) أقول لكنه مخالف لما سبق أنقام قوله ولكن يحبس حتى يبيعه في دينه والامر بهين قال المصنف (فلا يكون مشروعا) أقول لكنه مشروع بالاجماع فلا يصح البيع (قوله لان الشبهة ترد على قوله الخ) أقول فيه بحث

وقوله (بخلاف الاستهلاك) متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني إذا استهلك (٣٣٩) مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه قبل

قضاء الديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء (لأنه مشاهد لا مردية) بخلاف الإقرار فان سيئه شتمل وقوله (وان لم يكن أخرجه تحريزا عن هلاكه) لأنه لا يجوز اهلا كه لكان الدين الأري أنه لو توجه الهلاك اليه بالخضعة لكان له أن يدفعه بماله الغير فكيف يجوز اهلا كه لأجل مال الغير وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يخرج من السجن في هذه الصورة أيضا لان الهلاك لو كان انما يكون بسبب المرض وأنه في الحبس وغيره سواء وقوله (هو الصحيح) احتراز عن قول بعضهم لا يمنع عن الاكتساب في السجن لان فيه نظر المجانبين لجانب المديون لأنه يتفق على نفسه وعياله ولرب الدين لانه اذا فضل منه شيء يصرف ذلك اليه وقوله (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس) أي لا يمنعهم من أن يدوروا معه أينما دار (بلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر لقوله صلى الله عليه وسلم لصاحب الحق يدولسان أراد باليد الملازمة وباللسان انتقاضي) ووجه التمسك أن الحديث مطلق في حق الزمان فيتناول الزمان الذي يكون بعد الإطلاق عن الحبس وقبله

بخلاف الاستهلاك لأنه مشاهد لا مردية (ولو استفاد ما لا آخر بعد الحجر نفذ إقراره فيه) لأن حقهم لم يتعلق به لعدمه وقت الحجر قال (وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار وذوى أرحامه بمن يجب نفقته عليه) لأن حاجته الأصلية مقدمة على حق الغرماء ولأنه حق ثابت لغيره فلا يسطر له الحجر ولهذا الزوج امرأة كانت في مقدار مهر مثلها أسوة للغرماء قال (فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماءه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب أدب القاضى من هذا الكتاب فلا نعيد ما إلى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له يعني خلى سبيله لوجوب النظره إلى المبصرة ولو مرض في الحبس يبقى فيه ان كان له خادم يقوم بمعالجته وان لم يكن أخرجه تحريزا عن هلاكه والمحترف فيه لا يمكن من الاشتغال بعمله هو الصحيح ليضجر قلبه فينبعث على قضاء دينه بخلاف ما اذا كانت له جارية وفيه موضع يمكنه فيه وطؤها لا يمنع عنه لأنه قضاء إحدى الشهوتين فيعتبر بقضاء الأخرى قال (ولا يحول بينه وبين غرمائه بعد خروجه من الحبس بلازمونه ولا يمنعونه من التصرف والسفر) لقوله عليه الصلاة والسلام لصاحب الحق يدولسان أراد باليد الملازمة وباللسان انتقاضي

(قوله بخلاف الاستهلاك) قال جماعة من الشراح قوله بخلاف الاستهلاك متعلق بقوله لزمه ذلك بعد قضاء الديون يعني أنه اذا استهلك مال الغير في حالة الحجر يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون فكان المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء اه كلامهم (أقول) في تفسيرهم نوع خلل ان في صورة استهلاك مال الغير ليست المؤاخذه بضمانه متقدمة على قضاء الديون كما يوجه قولهم يؤخذ بضمانه قبل قضاء الديون بل المؤاخذه بذلك مع قضاء الديون بمرتبة واحدة نعم قولهم فكان التلف عليه أسوة لسائر الغرماء صريح في كون المجموع بمرتبة واحدة لكن الكلام في استدراك أول كلامهم بل اختلاله فالأظهر الأخصر ما ذكره صاحب معراج الدراية حيث قال في شرح قول المصنف بخلاف الاستهلاك حيث يصير المتلف عليه أسوة للغرماء بخلاف اه أو ما ذكره صاحب غايه البيان حيث قال في شرح ذلك حيث يلزمه ضمانه في الحال ويكون المتلف عليه أسوة لسائر الغرماء اه (قوله وينفق على المفلس من ماله وعلى زوجته وولده الصغار) أقول ليس المفلس ههنا على معناه الحقيقي كما مر تظيره بل عدم ارادة الحقيقة ههنا أظهر لان قوله من ماله أي ارادتها قطعاً عن ههنا واقع في الكافي وغيره بدل المفلس المديون فالمراد بلفظ المفلس في عبارة الكتاب المعنى المجازى على أحد التوجهين اللذين ذكرتهما فيما مر من قبل فتذكر (قوله قال فان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماءه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة) أقول كان لفظ مختصر القصدورى والبداية ههنا هكذا وان لم يعرف للمفلس مال وطلب غرماءه حبسه وهو يقول لا مال لي حبسه الحاكم في كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كمن المبيع وبدل القرض وفي كل دين التزمه بعقد كالمهر والكفالة اه وقد ترك المصنف في النقل بعض ذلك من البين كما ترى ولم يظهر لي وجه لذلك سوى الجدل على النسيان من المصنف عند كتب هذه المسئلة في الهداية لا يمر بعتري الانسان في بعض الأحيان على مقتضى البشرية (قوله الى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له) فقول الى أن قال متعلق بقوله قال فان لم يعرف للمفلس مال يعني قال القصدورى في مختصره فان لم يعرف للمفلس مال الى أن قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له وقوله يعني خلى سبيله تفسير من المصنف لمراد القصدورى بقوله وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له وقوله لوجوب النظره إلى المبصرة تعذر



وقوله (يقسم بينهم بالحصص) أي يأخذ كل واحد منهم بقدر حصته من الدين هذا إذا أخذوا فضل كسبه بغير اختياره أو أخذ القاضى وقسمه بينهم بدون اختياره وأما المديون في حال حصته لو أترأ أحد الغرماء على غيره بقضاء الدين باختياره فله ذلك نص على ذلك في فتاوى النسفي فقال رجل عليه ألف درهم لثلاثة نفر لو أحدهم خمسمائة ولا تخرم منهم ثلثمائة ولا تخرم منهم مائتان وماله خمسمائة فاجتمع الغرماء وحسبوه بديونهم في مجلس القضاء كيف يقسم أمواله بينهم قال إذا كان المديون حاضرا فله أن يقضى ديونه بنفسه وله أن يقدم البعض على البعض في القضاء ويؤثر البعض على البعض لانه يتصرف في خالص ملكه لم يتعلق به حق أحد فيه تصرف فيه على حسب مشيئته وإن كان المديون غائبا والمديون ثابتة عند القاضي فالقاضى يقسم ماله بين الغرماء بالحصص اذ ليس للقاضى ولاية تقديم بعضهم على بعض وقوله (بينه اليسار ترجح) اليسار اسم للإيسار من أيسر أى استغنى والاعسار مصدر أعسر أى افتقر وفي بعض النسخ على بينة العسار بمعنى (٣٣٠) الاعسار قال في المغرب وهو خطأ وقوله (لانها أكثر اثباتا) لان بينة الاعسار

قال (ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص) لاستواء حقوقهم في القوة (وقالا إذا فلسه الحاكم حال بين الغرماء وبينه إلا أن يقيموا البينة أن له مالا) لان القضاء بالافلاس عندهما يصح فتثبت العسرة ويستحق النظر الى الميسرة وعند أى خسفة رجه الله لا يتحقق القضاء بالافلاس لان مال الله تعالى غادر وأرفع ولان وقوف الشهود على عدم المال لا يتحقق الاظهار فيصلح للدفع لا لابطال حق الملازمة وقوله إلا أن يقيموا البينة اشارة إلى أن بينة اليسار ترجح على بينة الاعسار لانها أكثر اثباتا اذ الاصل هو العسرة وقوله في الملازمة لا يمنعونه من التصرف والسفر دليل على أنه يبدو رعبه أينما دار ولا يجلسه في موضع لانه حيسر (ولو دخل داره لحاجته لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى أن يخرج) لان الانسان لا بد أن يكون له موضع خالوة ولو اختار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالتحيار الى الطالب لانه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق عليه الا اذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يجلسه دفعا للضرر عنه (ولو كان الدين للرجل على المرأة لا يلزمها) لما فيها من الخلو بالاجنبية ولكن يبعث امرأه أمينة تلازمها قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه ابتاعه منه فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه) وقال الشافعي رجه الله يحجر القاضي على المشتري بطلبه ثم للبائع خيار الفسخ

تؤ كد مادل عليه غيره اذا الاصل هو العسرة نصار كبنية ذى السد في مقابلة بينة الخارج وقوله في الملازمة (لا يمنعونه الخ) تفسير للملازمة (ولا يجلسه في موضع لانه حبس) وليس بمحقق عليه وعن محمد رجه الله أنه قال لا يدعى أن يجلسه في مسجد حبه أو في بيته لانه رعبا يطوف في الأسواق والسكك لغير حاجة فيتضرر المدعى (ولو دخل داره لحاجته) كغداء أو غائط (لا يتبعه بل يجلس على باب داره الى أن يخرج لان الانسان لا بد له من موضع خالوة) وعن هذا قبل اذا أعطاه الغداء أو أعذته موضعا لاجل الغائط له أن يمنعه عن ذلك حتى لا يهرب (ولو

ذلك وأقول كان الاولى والاظهر أن يقدم المصنف قوله الى أن قال على قوله وقد ذكرنا هذا الفصل بوجوهه في كتاب أدب القاضي اثلا يعترض كلام نفسه أثناء نقل كلام القدوري فيورث التشويش للناظر في تعلق قوله الى أن قال بقوله قال فان لم يعرف لأفلس مال أو أن يترك قوله الى أن قال ويقول قال وكذلك ان أقام البينة أنه لا مال له كما هو عادته في سائر المواضع حتى يكون كلاما مستقلا كتنظيمه ولا يكون قلعا كاذره تبصرتهم (قوله ويأخذون فضل كسبه يقسم بينهم بالحصص لاستواء حقوقهم في القوة) أقول لقائل أن يقول هذا التعليل قاصر عن اعادة تمام المدعى لان استواء حقوقهم في القوة انما يبعد عدم جواز تقديم بعضهم على البعض الاخر فيستدعي وجوب القسمة بينهم ولا يفسد أن تكون القسمة بينهم بالحصص أى بقدر حصته كل واحد منهم من الدين بل يؤهم لزوم

اختيار المطلوب الحبس والطالب الملازمة فالتحيار الى الطالب لانه أبلغ في حصول المقصود لاختياره الاضيق الاستواء والا شد (عليه الا اذا علم القاضي أن يدخل عليه بالملازمة ضرر بين بأن لا يمكنه من دخوله داره فحينئذ يجلسه دفعا للضرر عنه) وفي معناه منعه عن الاكساب بقدر قوت يومه وليلته (والدائر الرجل لا يلزم المديونة لاستلزامها الخلو بالاجنبية لكن يبعث امرأه أمينة تلازمها) قال (ومن أفلس وعنده متاع لرجل بعينه) اذا اشترى متاعا من رجل فأفلس والمتاع باق في يده (فصاحب المتاع أسوة للغرماء فيه) وقال الشافعي رجه الله يحجر القاضي بطلب البائع على المشتري (حتى لا يندتسرفه بالبيع وغيره) ثم للبائع خيار الفسخ

(قوله قال في المغرب وهو خطأ) أقول ويوجه هنا بأنه على سبيل الازدواج كما في قوله عليه الصلاة والسلام ارجعن مأجورات غير مأزورات (قوله لاستلزامها الخلو بالاجنبية الخ) أقول يعني لاستلزام الملازمة الخلو الخ والضمير في تلازمها راجع الى المديونة

لانه يجوز المشتري عن ابقاء الثمن والعجز عن ايفاء الثمن (يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما انه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) فان قيل قياس مع وجود فارق وهو فاسد وذلك لان الثمن دين في الذمة وهو مانع عن الفسخ بخلاف المبيع فانه عين يرد عليها الفسخ اجاب بقوله (وصار كالسلم) يعني لان سلم أن كونه دينيا يمنع عن الفسخ فان المسلم فيه دين لا محالة واذا تعدد قبضه بانقطاعه عن أيدي الناس كان لرب السلم حق الفسخ (ولنا أن الافلاس يوجب العجز عما هو غير مستحق بالعقد) لانه يوجب العجز عن تسليم العين المنقودة من الدراهم والدنانير (وهو ليس بمستحق بالعقد وانما المستحق به وصف في الذمة أعني الدين) والعجز عما هو غير مستحق بالعقد لا يوجب الفسخ اذ لم يتغير على البائع شرط من شروط عقده فصار كالمالك المشتري ملما وتوضيح ذلك أن موجب العقد ملك الثمن وهو ملكه دينيا في الذمة وبقاء الدين ببقاء محله والذمة بعد الافلاس باقية كما كانت قبله فلا فرق بين الافلاس والملي. فان قيل هذا استدلال في مقابلة ما روى أبو هريرة رضي الله عنه أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيا رجل أفلس فأدرك رجلا وفي رواية فوجد البائع عنده متاعه فهو أحق به والاستدلال في مقابلة النص فاسد فالجواب (٣٣١) أنه معارض بما روى الخصاص

بأسناده أن النبي صلى الله عليه وسلم قال أيا رجل أفلس فوجد رجلا عنده متاعه فهو أسوة غرمائه فيه وتأويل حديث أبي هريرة رضي الله عنه أن المشتري كان قبضه بشرط الخيار للبائع فان قيل ما ذكرتم من الدليل ان صح بجميع مقدماته لم أن لا يفسخ العقد اذا كسدت الفلوس لان موجب العقد لم يتغير لان الثمن دين في الذمة وهي باقية كما كانت قبل الكساد أوجب بأننا لانسلم عدم التغير لان موجب العقد ملك فلوس هي عن ولم يبق بعد الكساد كذلك ولا يشكل بما اذا عجز المالك

لانه يجوز المشتري عن ابقاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة وصار كالسلم ولنا أن الافلاس يوجب العجز عن تسليم العين وهو غير مستحق بالعقد فلا يثبت حق الفسخ باعتباره وانما المستحق وصف في الذمة أعني الدين وبقبض العين تحقق بينهما مبادلة هذا هو الحقيقة فيجب اعتبارها الا في موضع التعذر كالسلم لان الاستبدال ممنوع فأعطى للعين حكم الدين والله أعلم

الاستواء فيما أخذ وموئع المدعي ههنا وجوب القسمة بينهم بالخص لا بمجرد وجوب القسمة بينهم فليتأمل (قوله لانه يجوز المشتري عن ابقاء الثمن فيوجب ذلك حق الفسخ كعجز البائع عن تسليم المبيع وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة) قال صاحب العناية في تقرير هذا المحل لانه يجوز المشتري عن ابقاء الثمن والعجز عن ايفاء الثمن يوجب حق الفسخ قياسا على العجز عن ايفاء المبيع والجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة اه ورد بعض الفضلاء قوله والجامع بينهما أنه عقد معاوضة حيث قال فيه بحث بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم وقوله وهذا لانه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتأمل اه (أقول) ليس ذلك بسديد لان مجرد العجز عن التسليم لا يكاد أن يكون علة جامعة في صحة القياس ههنا بدون ملاحظة كون العقد عقدا معاوضة والالزم أن يوجب العجز عن التسليم حق الفسخ في غير عقد المعاوضة أيضا ولم يقل به أحد فالمدار في تحقق العلة الجامعة ههنا كون البيع عقدا معاوضة وهو الوجه لبيان المصنف صحة القياس ههنا بقوله وهذا لانه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة والقول بأن الجامع بينهما أنه عقد معاوضة ومن قضيته المساواة ليس مما انفرد به صاحب العناية بل أطبق على التصريح به كلمة الثقات ههنا كصاحب الكافي وصاحب معراج الدراية والامام الزليعي وغيرهم والله أعلم

عن أداء البذل فان موجب العقد لم يتغير ولأولى أن يفسخ لأن موجب العقد ملك المولى البذل بالقبض لانه ليس بدين حقيقة كما تقدم فاذا عجز فقد تغير موجب العقد (قوله وبقبض العين) جواب عما يقال لنا كان العين المنقودة غير مستحقة بالعقد وجب أن لا تبرأ ذمة المدين بدفع المنقودة وتقديره أن قضاء الدين واجب وذلك بالوصف الثابت في الذمة غير متصور وجعل الشارع العين بدلا عنه فاذا قبض العين بدلا عنه (تحقق بينهما مبادلة) من حيث انه ثبت لكل واحد منهما في ذمة الآخر وصف فليتقيا قصاصا (هذا هو الحقيقة أي تحقق المبادلة هو الحقيقة في قضاء الدين) فيجب اعتبارها ما لم يتعذر (وفيما نحن فيه غير متعذر فكان العجز عن تسليم ما هو غير مستحق بالعقد وذلك لا يوجب الفسخ) بخلاف السلم) فانه لا يمكن تحقق المبادلة فيه لحرمة الاستبدال فيه بقوله صلى الله عليه وسلم لا تأخذوا السلم أو رأس مالك فيجب أن يجعل العين المقبوضة في مقابلة ما في الذمة عين ما هو في الذمة فكان العجز عنه عجزا عما أوجبه العقد وذلك يوجب الفسخ والله أعلم بالصواب

(قوله والجامع بينهما أنه الخ) أقول فيه بحث بل العلة الجامعة هي العجز عن التسليم وقوله وهذا لانه عقد معاوضة الخ لبيان صحة القياس فليتأمل (قوله وهو عاكث به) أقول الضمير في قوله به راجع الى العقد

### كتاب المأذون

الاذن الاعلام لغة وفي الشرع فك الجبر واسقاط الحق عندنا

### كتاب المأذون

ايراد كتاب المأذون بعد كتاب الجبر ظاهر المناسبة اذا الاذن يقتضى سبق الجبر فلما ترتب وجودا ترتبنا أيضا ذكراروما للتناسب (قوله الاذن الاعلام لغة) أقول لم أرقط في كتب اللغة المتداولة بين الثقات مجيء الاذن بمعنى الاعلام وانما المذكور فيها كون الاذن بمعنى الاعلام فقوله الاذن الاعلام لغة محمل نظري يظهر ذلك لمن يراجع كتب اللغة نعم قد وقع في كلام كثير من المشايخ في كتب الفقه تفسير معنى الاذن لغة بالاعلام كما ذكره المصنف ولعلهم تسامحوا في التفسير فعبروا عن معنى الاذن من أذن له في الشيء أذنا أى اباحه كما صرح به في القاموس بما يلازمه عادة من الاعلام ولا يخلو عن نوع الائمة اليه ما ذكره صاحب النهاية حيث قال ههنا يحتاج الى بيان الاذن لغة وشروط ثم قال أما اللغة فالاذن في الشيء رفع المانع لمن هو محجور عنه واعلام باطلاقة فيما يجبر عنه من أذن له في الشيء اذا اذنا ثم ان من المستبعد ههنا ما ذكره الامام الزبيلى حيث قال في التبيين والاذن في اللغة الاعلام ومنه الاذن وهو الاعلام بدخول الوقت اه وكذا ما ذكره صاحب البدائع حيث قال في فصل شرائط الركن من كتاب المأذون لان الاذن هو الاعلام قال الله تعالى وأذن من الله ورسوله أى اعلام اه فان مدار ما ذكره اتحاد الاذن والاذن حيث استشهد بمعنى أحدهما على معنى الآخر وليس كذلك قطعنا والظاهر في تفسير معنى الاذن لغة ما ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده في مبسوطه حيث قال أما الاذن فهو الاطلاق لغة لانه ضد الجبر وهو المنع فكان اطلاقا عن شيء أى شيء كان اه

(قوله وفي الشرع فك الجبر واسقاط الحق عندنا) قال في غاية البيان يعنى أن العبد كان محجورا عن التصرف لحق المولى فاذا أذن له المولى أسقط حق نفسه اه وقال في النهاية أى اذن المولى لعبده في التجارة اسقاط حق نفسه الذى كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه وبالاذن أسقط حق نفسه عنده اه وقال في العناية فان المولى اذا أذن لعبده في التجارة أسقط حق نفسه الذى كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه اه وقال تاج الشريعة لانه كان للمولى حق في رقبة العبد فقبل الاذن لاتعلق الدين برقبته ولا يكسبه وبعد الاذن يسقط هذا الحق وتعلق الدين بها اه وقال في الكفاية وفي الشرع فك الجبر واسقاط الحق وهو حق المولى مالية الكسب والرقبة فانه يمنع تعلق حق الغير بما هو الحق المسمى وانه بالاذن أسقط حقه اه فنخلص من المجموع أن المراد بالحق ههنا حق المولى وقد أفصح عنه المصنف فيما بعد حيث قال وانحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الامور جبا تعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال المولى فلا بد من اذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه اه قال صاحب الاصلاح والايضاح المراد بالحق ههنا حق المنع لاحق المولى لانه مع اختصاصه باذن العبد غير صحيح لان حق المولى لا يسقط بالاذن ولذلك يأخذ من كسبه جبراً على ماسياتى والمسقط هو المولى ان كان المأذون رقيقا والمولى ان كان صبيا اه كلامه (أقول) فيه نظر أما أولا فلان كون المراد بالحق ههنا حق المنع لا ينافي كونه حق المولى بل يقتضيه لان حق المنع المتعلق بالعبد هو حق المولى لاحق غيره فان معنى حق المنع حق هو منع عن التصرف على أن تكون الاضافة بيانية ومعنى حق المولى حق هو للمولى على أن تكون الاضافة بمعنى اللام ولا ريب أن الحق الذى هو منع العبد عن التصرف انما يكون للمولى لا لغيره فكان حقه قطعاً وأما ثانياً فلائنه ان أراد بقوله لان حق المولى لا يسقط بالاذن أنه لا يسقط به أصلاً فممنوع

### كتاب المأذون

ايراد كتاب المأذون بعد كتاب الجبر ظاهر المناسبة اذا الاذن يقتضى سبق الجبر (وهو في اللغة عبارة عن الاعلام وفي الشرع فك الجبر واسقاط الحق عندنا) فان المولى اذا أذن لعبده في التجارة أسقط حق نفسه الذى كان العبد لاجله محجورا عن التصرف في مال المولى قبل اذنه

### كتاب المأذون

(قوله وفي الشرع فك الجبر واسقاط الحق عندنا) أقول لا يخفى علينا أن اذن الصبي والمعتوه ليس فيه اسقاط الحق وسيجي تفصيله ثم اعلم أن قوله واسقاط الحق عندنا كالتفسير لقوله فك الجبر

(والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته لانه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بلسانه (٣٣٣) الناطق وعقله المميز) لكن

لما كان تصرفه بوجوب  
تعلق الدين برقبته أو  
كسبه وذلك حق المولى  
المجبر عنه (فلا بد من اذنه  
كي لا يبطل حقه من غير  
رضاه) فقوله واسقاط الحق  
الخ كالنفس سير لقوله  
فك الجبر وقوله عندنا  
إشارة الى خلاف الشافعي  
رحمته الله فان الاذن عنده  
توكيل وإنابة وصحح  
المصنف رحمه الله كونه  
اسقاطا عندنا بقوله  
ولهذا لا يقبل الباقيت  
فانه لما كان تصرفه  
بحكم ملكيته الأصلية  
وأما عامة لا تختص  
بنوع ومكان ووقت دل  
على أنه اسقاط لحق  
المولى لا غير اذا اسقاطات  
لا تتوقت ككالطلاق  
والعتاق فان قيل قوله  
فك الجبر جواب واسقاط  
الحق مذكور في حيز  
التعريف فكيف جاز  
الاستدلال عليه  
فالجواب من وجهين  
أحدهما أنه ليس باستدلال  
وأما هو فصحيح النقل  
بما يدل على أنه عندنا  
معترف بذلك كما أشرنا  
اليه والثاني أن حكمه  
الشرعي هو تعسيفه  
فكان الاستدلال عليه من  
حيث كونه حكما لا من حيث  
كونه تعسيفا وهو المصنف  
كونه يتصرف بأهلية نفسه

والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته لانه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بلسانه الناطق وعقله المميز  
واستحجاره عن التصرف لحق المولى لانه ما عهد تصرفه الا موجباً تعلق الدين برقبته وبكسبه وذلك مال  
المولى فلا بد من اذنه كي لا يبطل حقه من غير رضاه

كيف وسيأتي أنه اذا اذنته ديون تحيط بكسبه ورقبته تعلقت بكسبه ورقبته جميعاً يباع كل ذلك  
للغرماء فيسقط حق المولى في كسبه ورقبته جميعاً لا محالة وان أراد بذلك أنه لا يسقط به في الجملة كما  
اذن لم تحيط بهم مادون فسلم لكن لا يجدي نفعا اذ ليس المراد باسقاط الحق في معنى الاذن شرعا اسقاطه  
بالكلية الممتدة بل المراد به اسقاطه في الجملة وذلك يتحقق في صورة احاطة الدين بل في صورة عدم احاطته  
أيضا بالنظر الى البعض الساقط بمقدار الدين كما لا يخفى وأما اختصاص حق المولى باذن العبد فلا  
يضر اذا المقصود بالذات في كتاب المأذون بيان اذن العبد وانما يبين فيه اذن الصبي أيضا على سبيل  
التبعية فيجوز أن يكون مدار ما ذكره في تفسير الاذن في الشرع على ما هو المقصود بالذات في كتاب  
المأذون ثم ان صاحب النهاية قال وأما حكمه فانه هو التفسير الشرعي وهو فك الجبر الثابت بالرق شرعا عما  
يتناوله الاذن لا الانابة والتوكيل لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الجبر عن التجارة  
وقال هذا ما ذكره في المبسوط والابحار والخيرة والمغني وغيرها وقد اختلفت في أثره الامام الزبلي  
حيث قال في التبيين وحكمه هو التفسير الشرعي وهو ما ذكرنا من فك الجبر اه (أقول) كون حكم الاذن  
ما هو تفسيره الشرعي غير معقول المعنى لان حكم الشيء على ما تقر عندنا من آثاره الثابت به المترتب  
عليه وقد أشار اليه صاحب النهاية أيضا بقوله لان حكم الشيء ما يثبت به ولا يذهب على ذي مسكة  
أن ما يثبت بالشيء ويصير أثر امرت عليه لا يصلح أن يكون تفسيراً لذلك الشيء محمولا عليه بالمواظاة  
\* ثم أقول ليس المذكور في الذخيرة وغيرها أن حكمه ما هو تفسيره الشرعي بل المذكور فيها هكذا وأما  
بيان حكمه فنقول حكمه شرعا عندنا فك الجبر الثابت بالرق شرعا عما يتناوله الاذن لا الانابة ولا التوكيل  
لان حكم الشيء ما يثبت به والثابت بالاذن في التجارة فك الجبر عن التجارة اه فيجوز أن يكون المراد  
بفك الجبر المذكور فيها ما هو مصدر من المبني للفعول فيؤول الى معنى انفكك الجبر ويصير صفة للجبر  
ولاشك أن المراد بفك الجبر المذكور في تفسير الاذن شرعا ما هو مصدر من المبني للفاعل وصفة للاذن  
فيصح أن يكون المذكور في تلك الكتب حكما للاذن الشرعي اذ لا ريب أن الانفكك أثر ثابت بالذات  
كالانكسار مع الكسر ثم ان الأظهر في بيان حكم الاذن ما ذكره صاحب غاية البيان وعزاه الى التحفة  
حيث قال وأما حكمه فذلك المأذون ما كان من قبيل التجارة وبوأبعها وضرواتها وعدم ملكه ما لم يكن  
كذلك الى هذا اشار في التحفة وذلك لان حكم الشيء ما يثبت بالشيء والثابت بالاذن ما قلنا فكان حكمه  
الى هنا كلامه (قوله والعبد بعد ذلك يتصرف لنفسه بأهليته لانه بعد الرق بقي أهلا للتصرف بلسانه  
الناطق وعقله المميز) فان قيل المأذون عدم الاهلية لحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلا  
لنفس التصرف لان التصرفات الشرعية إنما تراد لحكمها وهو ليس بأهل لذلك فلا يكون أهلا لسببه  
أجيب بأن حكم التصرف ملك اليد والرقيق أهل لذلك ألا يرى أن استحقاق ملك اليد يثبت لاسكتاب مع  
قيام الرقيق فيه وهذا لان مع الرق أهل للحاجة فيكون أهلا لقضائهم وأدنى طريق قضائهم ملك اليد فهو  
الحكم الاصل للتصرف وملك العين شرع للتوصل اليه فانه هو الحكم الاصل يثبت للعبد وما وراء ذلك  
يختلف المولى فيه وهو نظير من اشترى شيئا على أن البائع بالخيار ثم مات فحق اختيار البائع البيع يثبت لملك  
العين الوارث على سبيل الخلاف عن المورث يتصرف بأمره المورث بنفسه كذا ذكر في كثير من شروح هذا

(قوله كما أشرنا اليه) أقول يعني بقوله وصحح المصنف الخ



بقوله (ولهذا لا يرجع بماله من العهدة على المولى) وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لأنه يتصرف في ذمته بإيجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا لمحالة ولهذا أقر على نفسه (٣٣٤) بالقصاص صرح وان كذبه المولى فكان الشراء حقه وهذا المعنى يقتضى نفاذ تصرفاته

قبل الاذن أيضا لكن شرطنا اذن المولى دفعاً للضرر عنه بغير رضا والرضا بالضرر لا يتفاوت بين نوع وفوق فالتقييد بالتوقيت غير مفيد فلا يعتبر فان قيل العبد المأذون عديم الأهلية بحكم التصرف وهو الملك فينبغي أن لا يكون أهلاً لنفس التصرف لأن التصرفات الشرعية أغماراً لمحكمها وهو ليس بأهل لذلك أوجب بأن حكم التصرف ملك اليد والرقى أصل في ذلك وقد قررنا تمام ذلك في التقرير فان قيل لو كان الاذن فلك الجبر والعبد يتصرف بأهليته لما كان للمولى ولاية الجبر بعده لأنه أسقط حقه والساقط لا يعود أوجب بأن الرق لما كان باقياً كان الجبر بعده امتناعاً بحق الاسقاط فيما يستقبل لأن الساقط لا يعود (ثم إن الاذن كما ثبت صريحاً ثبت دلالة

قوله ولهذا لا يرجع بماله من العهدة الخ) أقول قال صاحب الهداية في أول الوكاله أن وكل صبياً محجوراً عليه يعقل البيع

والشراء وعبد محجوراً عليه جاز ولا تتعلق بهما الحقوق وتعلق بموكلهما (قوله وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء) أقول بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه والجواب أنه عند الخصم فان مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوله على ماسيجي ثم أعلم ان قوله وهذا إشارة الى قوله وصحح المصنف كونه الخ (قوله والرضا بالضرر لا يتفاوت الخ) أقول فيه بحث

ولهذا لا يرجع بماله من العهدة على المولى ولهذا لا يقبل التأقيت حتى لو أذن لعبد يوماً أو شهراً كان مأذوناً أبداً حتى يحجر عليه لأن الاسقاطات لا تنوقت ثم الاذن كما ثبت بالصرح ثبت بالدلالة

الكتاب وفي عامة كتب الأصول (أقول) فيه بحث لانهم ان أرادوا أن الرقيق له ملك اليد بأهليته الأصلية الذاتية كما هو المتبادر من كلامهم بشكل ما تقر عندهم من أن المالك مملوك للمولاه رقة لا يدا والمدير مملوك له يد الرقة والقن مملوك له يد ورقة فان الرقيق اذا كان مالكا يده فكيف يكون مملوكاً للمولاه يد في صورة ان كان قن أو مديراً وان أرادوا أن له ملك اليد بأهليته المكتسبة من مولاه باذن أو الكتابة فلا يتم التقريب اذ كلام المصنف وغيره صريح في أن أصل أصحابنا أن العبد المأذون له متصرف لنفسه بأهليته الأصلية الثابتة له بلسانه الناطق وعقله المميز فليست له في التوجيه (قوله ولهذا لا يرجع بماله من العهدة على المولى) قال في العناية وصحح المصنف كونه يتصرف بأهلية نفسه بقوله ولهذا لا يرجع بماله من العهدة على المولى وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع والعبد في الشراء متصرف لنفسه لا للمولى لأنه يتصرف في ذمته بإيجاب الثمن فيها حتى لو امتنع عن الأداء حال الطلب حبس وذمته خالص حقه لا لمحالة ولهذا أقر على نفسه بالقصاص صرح وان كذبه المولى فكان الشراء حقه وهذا المعنى يقتضى نفاذ تصرفاته قبل الاذن أيضاً لكن شرطنا اذن المولى دفعاً للضرر عنه بغير رضا اه وهذا حاصل ما ذكره صاحب النهاية ناقل عن الذخيرة (أقول) يرد على ظاهر قوله لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء لأنه لا مال له حتى يبيع أنه لا يلزم من أن لا يكون له مال يبيعه أن يكون أول تصرفه الشراء لجواز أن يكون أول تصرفه أخذ المضاربة أو إيجار نفسه فانه عاك كل واحد من ذينك التصرفين كما سيأتي في الكتاب ولا يقتضى شئ منهما أن يكون له مال كما لا يخفى ويمكن أن يقال يجوز بناء قوله المزبور على ما هو الأصل في التجارة وما هو الغالب وقوعها ولا يخفى أن الأصل في التجارة هو البيع والشراء كما سيأتي التصريح به من المصنف وأنها ما هو الغالب وقوعها في باب التجارة فعلى مقتضى ذلك البناء اذا لم يكن للعبد المأذون في أول تصرفه مال يبيعه يتعين له الشراء اه وقال بعض الفضلاء في حاشيته على قول صاحب العناية لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه والجواب أنه عند الخصم فان مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوله على ماسيجي اه (أقول) في كل من اراده وجوابه سقامة أما في الأول فلا لأنه قال بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه بطريق الجزم وكان الظاهر أن يقول بل يجوز أن يكون أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه على أن قوله مؤاجرة نفسه خطأ على ما ذكر في الأساس والمغرب وكان الصواب أن يقول بدل ذلك إيجار نفسه كما قلت فيما مر وأما في الثاني فلا لأنه لا يثبت ما قلنا ان العبد المأذون له يتصرف بعد الاذن لنفسه بأهليته لا بصدد الجواب عما قاله الخصم بل لم يقع التصريح من المصنف ههنا بما قاله الخصم أصلاً فكيف يصح أن نحمل المقدمة المذكورة على مذهب الخصم في أحد قوله دون مذهبا على أنها لو حلت على مذهب الخصم لم تسلم أيضاً لجواز أن يكون أول تصرف يباشره أخذ المضاربة كما ذكرنا من قبل والخصم لا ينكر جواز ذلك فلم يقدح في الحل على مذهبه فالذي يمكن في الجواب ما قدمنا لا غير (قوله ولهذا لا يقبل التأقيت)

قال الشراء وعبد محجوراً عليه جاز ولا تتعلق بهما الحقوق وتعلق بموكلهما (قوله وهذا لأن أول تصرف يباشره العبد المأذون الشراء) أقول بل أول تصرف يباشره مؤاجرة نفسه والجواب أنه عند الخصم فان مؤاجرة نفسه غير جائزة عنده في أحد قوله على ماسيجي ثم أعلم ان قوله وهذا إشارة الى قوله وصحح المصنف كونه الخ (قوله والرضا بالضرر لا يتفاوت الخ) أقول فيه بحث

كما اذا رأى عبده يبيع) من ماله شيئاً (و يشتري فسكت بصير ما ذونا عندنا خلافاً لفرز الشافعي رحمه الله) وهو من باب بيان الضرورة وقد عرف في الاصول قالوا السكوت محتمل للرضا وفرط الغيظ وقلة الالتفات الى تصرفه لعله يكون محجوراً والمحتمل لا يكون حجة وقتنا هذا من سكوته حجة لانه موضع بيان اذا الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضي الى حقوق ديون عليه واذا لم يكن ما ذونا متأخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار للمسلمين بانوا محققهم ولا انحرار في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان أنه راض به أو لا والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان قال قيل عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا رأى أجنبياً يبيع من ماله وسكت لم يكن اذناً والمرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذناً واذا رأى رقيقه بزوج نفسه وسكت لا يكون اذناً الفرق أحيب بأن الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بسكوته وليس في ثبوت الاذن في غيره ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه ولا يلزم من كون السكوت اذناً بالنظر الى ضرر ممتوهم كونه اذناً بالنظر الى متحقق (٣٣٥) وهو الجواب عن بيع الاجنبي ماله

وفي الرهن لم يصير سكوته اذناً لان جعله اذناً يبطل ملك المرتهن عن اليد وقد لا يصل الى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق لا يقال الراهن أيضاً يتضرر ببطان ملكه عن الثمن فترجح ضرر المرتهن تحكيم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المرهون موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتهن عن اليد بات فكان أقوى وأما الرقيق عبداً كان أو أمة اذا زوج نفسه قائماً يصير السكوت فيه اذناً قال بعض الشارحين ناقلاً عن مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله لان السكوت انما يصير اذناً

كما اذا رأى عبده يبيع ويشتري فسكت بصير ما ذونا عندنا خلافاً لفرز الشافعي رحمه الله ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكاً للمولى أو لأجنبياً باذنه أو بغير اذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً

قال صاحب العناية وصحح المصنف كونه اسقاطاً عندنا بقوله ولهذا لا يقبل التأقيت ثم قال فان قيل قوله فكل الحجر واسقاط الحق مدكور في حيز التعريف فكيف جاز الاستدلال عليه فالجواب من وجهين أحدهما أنه ليس باستدلال وانما هو تصحيح النقل بما يدل على أنه عندنا معرف بذلك كما أشرنا اليه والثاني أن حكمه الشرعي هو تعريفه فكان الاستدلال عليه من حيث كونه حكماً لا من حيث كونه تعريفاً اه كلامه (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر أما في الاول فلا تصحح النقل بما يدل على أنه عندنا معرف بذلك عين الاستدلال فان ما يدل على ذلك هو الدليل وتصحيح النقل به هو الاستدلال فسامعني قوله انه ليس باستدلال وأما في الثاني فلا ان كون حكمه الشرعي هو تعريفه مما لا يكاد يصح لان حكم الشيء ما هو خارج عنه مبين له وان كان أثر امره تبعاً عليه وتعريف الشيء ما هو محمول عليه بالمواطأة متحدة في الذات فأنى يكون أحدهما هو الآخر وقد مر مثل ذلك من قبل والحق في الجواب أن يقال ليس الاستدلال المسد كور على نفس التعريف حتى يرد أن التعريف لا يقبل الاستدلال عاينه لانه تصور والتصور لا يكتسب من التصديق بل على الحكم الضمني كأن يقال هذا التعريف صحيح وهذا التعريف مطابق لاصولنا ونحو ذلك ولا يخفى أن تلك الاحكام تصديقات تقبل الاستدلال عليها قطعاً وتظهر هذا ما حققوا في فقه من أن المنع والنقض والمعارضة في التعريفات انما تتوجه الى الاحكام الضمنية لا الى نفس التعريفات تدبر ترشد (قوله ولا فرق بين أن يبيع عينا مملوكاً للمولى أو لأجنبياً باذنه أو بغير اذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً) قال الامام الزيلعي في التبيين بعد أن قال مثل هذا هكذا ذكر صاحب الهداية وغيره وذكر قاضيان في فتاواه اذا رأى عبده يبيع عينا من أعيان المالك فسكت لم يكن اذناً وكذا المرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن اه (أقول)

واجازة دفع الضرر ولا ضرر على أحد في نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفاً لان نكاح المملوك مملوك المولى لمافيه من اصلاح ملكه ومنافع المملوك كذلك وليس لاحد ابطال ملكه بغير رضاه فكان موقوفاً وأمكن فسخته فلا يتضرر به أحد وقبل فيه نظر لانه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على اذن المولى واجازته وانما هو في أن سكوته اجازة أو لا ولعل الصواب أن يقال ان في ذلك ضرراً محققاً للمولى فلا يكون السكوت اذناً ثم لا فرق بين أن يبيع عينا مملوكاً للمولى أو لأجنبياً باذنه أو بغير اذنه بيعاً صحيحاً أو فاسداً

(قوله اذا الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى الخ) أقول لهما أن يقولوا ذلك لحاجة المعامل حيث اغتر بعجز السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر (قوله ولا ير للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه) أقول اذا كان حقوق الدين غير متحقق كان الضرر في حق الناس أيضاً متوهم فافك كيف يستطاع الحق الثابت للمولى على العبد لا بد من التأمل (قوله وقيل فيه نظر لانه لا كلام في أن نكاح الرقيق الخ) أقول وعندى أن النظر غير وارد لان كون السكوت اذناً كالاتجاه لدفع الضرر فيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل اذناً

لان كل من رآه ينظنه مأذونا له فيها فباعه فبعض ربه ولم يكن مأذونا له ولم يكن المولى راضيا به لمعه دفعا للضرر عنهم) وهذا الدليل كما ترى لا يفرق بين شيء وشئ من الوجوه المذكورة أعني أن يبيع عبدا مملوكا للمولى الخ قال (واذا أذن المولى لعبده في التجارة) اذا قال المولى لعبده أذنت لك في التجارة ولم يقيد بشئ كان اذا ناعاما بالتصرف في جنس التجارة بلا خلاف فيبيع ويشترى ما يملكه من أنواع الاعيان لان التجارة اسم جنس محلي باللام فكان عاما يتناول جميع أنواع الاعيان لانه أي يبيع الاعيان أصل التجارة والمنافع لكونها قائمة بالأعيان ألحقت بها (ولو باع بغير سيرة جاز) بالاتفاق (لتعذرا لاحتراز عنه وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) قالوا لا يبيع بالغبن الفاحش خلاف (٣٣٦) المقصود اذا المقصود بالبيع الاستمرار باح دون الاقلان فكان بمنزلة التبرع ولهذا

لان كل من رآه ينظنه مأذونا له فيها فباعه فبعض ربه ولم يكن مأذونا له ولم يكن المولى راضيا به لمعه دفعا للضرر عنهم قال (واذا أذن المولى لعبده في التجارة اذا ناعاما حاز تصرفه في سائر التجارات) ومعنى هذه المسئلة أن يقول له أذنت لك في التجارة ولا يقيد به وجهه أن التجارة اسم عام يتناول الجنس فيبيع ويشترى ما يملكه من أنواع الاعيان لانه أصل التجارة (ولو باع أو اشترى بالغبن اليسير فهو جائز) لتعذر الاحتراز عنه (وكذا بالفاحش عند أبي حنيفة رحمه الله خلافا لهما) هما يقولان ان البيع بالفاحش منه بمنزلة التبرع حتى اعتبر من المريض من ثلث ماله فلا ينتظمه الاذن كالهبة وله أنه تجارة والعبد متصرف بأهلية نفسه فصار كالحرة وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون (ولو حاز في مرض موته بغير من جميع ماله اذا لم يكن عليه دين وان كان فن جميع ما بقي) لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد وان كان الدين محيطا بما في يده يقال للشترى أن جميع المحاباة والا فارد البيع كافي الحر كائنه فهم المخالفة بين ما ذكره صاحب الهداية وغيره وبين ما ذكره قاضيان في فتاواه وليس الامر كما فهمه اذا الظاهر أن مراد الامام قاضيان أن سكوت المالك فيما اذا رأى عبده يبيع عبدا من أعيان ماله لا يصير اذا نافي حق ذلك التصرف الذي صادفه السكوت لافي حق سائر تصرفات ذلك العبد في باب التجارة مطلقا ويرشد اليه قوله وكذا المرتين اذا رأى الراهن يبيع الرهن فسكت لا يبطل الرهن فان المراد هناك عدم صحة التصرف الذي صادفه السكوت بل لا دلالة في كلام صاحب الهداية وغيره على كون السكوت اذا نافي حق التصرف الذي صادفه السكوت فيما اذا باع عبدا مملوكا للمولى بغير رضاه بل خلافه مصحح به في أكثر الشروح وعامة المعبرات قال في البدائع وأما الاذن بطريق الدلالة فقصو أن يرى عبده يبيع ويشترى فلا ينهيه فيه صير مأذونا في التجارة عندنا لا في البيع الذي صادفه السكوت وأما في الشراء فيصير مأذونا وعند زفر والشافعي رحمه الله لا يصير مأذونا اه وقال في المحيط البرهاني قال محمد رحمه الله في الاصل اذا نظر الرجل الى عبده وهو يبيع ويشترى ولم ينه عنه عن ذلك يصير العبد مأذونا في التجارة عند علمائنا الثلاثة واذا رأى عبده يبيع عبدا من أعيان ماله فسكت يصير مأذونا في التجارة ولكن لا يجوز بيعه مال المولى قال محمد رحمه الله وهذا بمنزلة ما لو رأى المولى عبده المسلم يشتري شيئا بالخمر والخنزير فسكت يصير العبد مأذونا في التجارة وان كان لا يجوز هذا الشراء كذا ههنا اه فكيف يجوز جعل كلام قاضيان في فتاواه على خلاف ما نص عليه محمد رحمه الله في الاصل بقوله واذا رأى عبده يبيع عبدا من أعيان ماله فسكت يصير مأذونا في التجارة فالوجه أن يحصل على مضمون قوله ولكن لا يجوز بيعه مال المولى كما بيناه (قوله لان كل من رآه ينظنه مأذونا له فيها فباعه فبعض ربه لم يكن مأذونا له ولم يكن المولى راضيا به لمعه دفعا للضرر عنهم) قال صاحب العناية في تفصيل هذا

اعتبر من المريض من الثلث وما هو خلاف المقصود لا ينتظمه الاذن بالمقصود ولا في حنيفة رحمه الله أن البيع بالغبن الفاحش تجارة يملكه الحر قبله العبد المأذون لانه بعد الاذن كالحرة تصرف بأهلية نفسه كما تقدم واعتباره من الثلث من المريض لحق الغرماء والورثة وذلك لا يدل على أنه لا ينفذ من المأذون كالغبن اليسير فانه يصح من المأذون بالاتفاق وفي حق المريض بغير من الثلث فأبو حنيفة رحمه الله سوى ههنا بين البيع والشراء الغبن الفاحش وفوق بينهما في تصرف الوكيل لان الوكيل يرجع على الأمر بما يلحقه من العهدة فكان الوكيل في الشراء متما في أنه اشتراه لنفسه فلما ظهر له العيب أراد أن يلزم الأمر وهذا لا يوجد في تصرف

المأذون لما امر أنه لا يرجع بما يلحقه من العهدة على أحد فكان البيع والشراء في حقه سواء وعلى هذا الخلاف التعليل (الصبي) اذا أذن له أبوه في التجارة يجوز أن يبيع ويشترى بالغبن اليسير بالاتفاق والفاحش عند أبي حنيفة (ولو حاز العبد المأذون في مرض موته اعتبر بمحاباته من جميع المال اذا لم يكن عليه دين) فينفذ وان زادت على الثلث (وان كان) عليه دين (فن جميع ما بقي) يعني يؤدي دينه أولا فبما بقي بعد قضاء الدين يكون كالمعابة (لان الاقتصار في الحر على الثلث لحق الورثة ولا وارث للعبد) لا يقال المولى وارث لانه رضى بالاذن بسقوط حقه ولهذا الواسطة الوارث حقه في الثلث لئلا تصرف المريض في الكل (وان كان الدين محيطا بماله) تبطل المحاباة (يقال للشترى أن جميع المحاباة والا فارد البيع كافي الحر)

يعني اذا جابى في مرض موته (وللأذن أن يجعل نفسه رب السلم والمسلم اليه ويوكل بالبيع والشراء لان كل ذلك من صنيع التجار وهو لا يتفرغ بنفسه) فجاز الاستعانة بغيره (ويجوز له أن يرهن ويرهن لانهما ايقاع واستيفاء وهما من توابع التجارة وملك أن يتقبل الارض) أي يستأجرها (ويستأجر الأجر والبيوت لان كل ذلك من صنيع التجار ويأخذ الأرض من زراعة لان فيه تحصيل الربح) لانه ان كان البذر من قبله فهو مستأجر للأرض ببعض الخارج وذلك انفع من الاستئجار (٣٣٧) بالدرهم لانه اذا لم يحصل خارج لا يلزمه

شيء بخلاف الاستئجار بالدرهم وان كان البذر من قبل صاحب الارض فهو أجر نفسه من رب الارض له - ل الزراعة ببعض الخارج ولو أجر نفسه بالدرهم جاز كما سيبيء فكذا هذا (وله أن يشتري طعاما فيزرعه في أرضه لانه

(وله أن يسلم ويقبل السلم) لانه تجارة (وله أن يوكل بالبيع والشراء) لانه قد لا يتفرغ بنفسه قال (ويرهن ويرهن) لانهم امن توابع التجارة فانه ايقاع واستيفاء (وملك أن يتقبل الارض ويستأجر الأجر والبيوت) لان كل ذلك من صنيع التجار (ويأخذ الأرض من زراعة) لان فيه تحصيل الربح (ويشتري طعاما فيزرعه في أرضه) لانه يقصد به الربح قال عليه الصلاة والسلام الزارع يتاجر به (وله أن يشارك شركة عمن ويدفع المال مضاربة ويأخذها) لانه من عادة التجار (وله أن يؤجر نفسه عندنا) خلافا للشافعي وهو يقول لا يملك العقد على نفسه فكذا على منافعها لانها تابعة لها ولنا أن نفسه رأس ماله فيملك التصرف فيه الا اذا كان يتضمن ابطال الاذن كالبيع لانه يتعجر به والرهن لانه يحبس به فلا يحصل مقصود المولى أما الاجارة فلا يتعجر به ويحصل به المقصود وهو الربح فيملكه

التعليل وقلنا جعل سكوته حجة لانه موضع بيان اذا الناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى ومعاملتهم قد تفضى الى حقوق ديون عليه واذا لم يكن ما ذونا تأخر المطالبة الى ما بعد العتق وقد يعتق وقد لا يعتق وفي ذلك اضرار بالمسلمين بانواع حقهم ولا اضرار في الاسلام وليس للمولى فيه ضرر متحقق لان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه فكان موضع بيان أنه راض به أولا والسكوت في موضع الحاجة الى البيان بيان اه واعترض بعض الفضلاء من جانب الخصم على قوله والناس يعاملون العبد حين علمهم بسكوت المولى حيث قال لهم ما أن يقولوا ذلك الحاجة المعامل حيث اغتر بجرد السكوت ولم يسأل من المولى ولذلك نظائر اه (أقول) ليس هذا بواردان المعامل لا يغتر بجرد السكوت بل يعتمد على ما جرى عليه العرف من أن من لا يرضى بتصرف عبده ينهاء عنه ويؤديه عليه وقد صرح به في الكافي وغيره حيث قالوا ولنا أن العادة جرت بأن من لا يرضى بتصرف عبده ينهاء عنه ويؤديه عليه فاذا لم ينهه علم أنه راض فجعل سكوته اذا دلالة دفع الغرور عن الناس فانهم يعتقدون ذلك اطلاقا منه فيبايعونه جلا لفعله على ما يقتضيه الشرع والعرف كما في سكوت النبي عليه الصلاة والسلام عند أمره بإيئسه عن التغيير وسكوت البكر وسكوت الشفيع اه فبعد ذلك كيف يحتاج المعامل الى السؤال من المولى وكيف يحمل العاقل عدم سؤاله على حماقته وهلا تكون النظائر لما عمل دون خلافه \* ثم أقول ببقئ شيء في تقرير صاحب العناية وهو أنه جعل ضرر المولى غير معتبر لكونه غير متحقق بناء على أن الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه وجعل ضرر المسلمين معتبرا مع أنه أيضا غير متحقق بناء على أن الديون قد تلحقه وقد لا تلحقه فافرق الفرق والرجحان لابد من البيان ثم قال في العناية فان قيل عين ذلك التصرف الذي رآه من البيع غير صحيح فكيف يصح غيره وكذا اذا رأى أجنبيا يبيع من ماله وسكت لم يكن اذا والمرتهن اذا رأى الراهن يبيع الرهن وسكت لم يكن اذا واذا رأى رقيقه يزوج نفسه وسكت لم يكن اذا فما الفرق أجيب بأن الضرر في التصرف الذي رآه متحقق بازالة ملكه عما يبيعه في الحال فلا يثبت بالسكوت وليس في ثبوت الاذن في غيره ذلك لما قلنا ان الدين قد يلحقه وقد لا يلحقه

(٤٣ - تكمله سابع) رأس ماله لان المولى أذن له بالاكتساب ولم يدفع اليه مالا (وما هو رأس المال المأذون له بالاكتساب) يملك التصرف فيه ضرورة والمأذون يملك التصرف في نفسه والتصرف فيها ما أن يكون من حيث ذاته بالبيع والهبة والرهن أو من حيث منافعها لاجاز أن يكون من حيث ذاتها لئلا يعود على موضوعه بالنقض فانه ما أذن له الا للربح فلو جردنا التصرف من حيث الذات أفضى الى عدم الربح بخلافه لاربح لم يكن للربح هذا خلف باطل فحين أن يكون من حيث المنافع وهو المقصود



قال ( فان أذن له في نوع منها دون غيره فهو مأذون في جميعها ) وقال زفر والشافعي لا يكون مأذون إلا في ذلك النوع وعلى هذا الخلاف إذا انهاء عن التصرف في نوع آخر لهما أن الأذن توكيل وإنابة من المولى لأنه يستفيد الولاية من جهة وثبت الحكم وهو الملك له دون العبد ولهذا عملك بحره فيتخصص بما خصه به كالمضارب ولنا أنه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع

قال ( فان أذن له في نوع منها دون غيره ) قد تقدم أن الأذن عندنا فك الحجر واسقاط الحق وعند زفر والشافعي رجحما لله أنه توكيل وإنابة وعلى ذلك تنبئ هذه المسئلة وهي أنه إذا أذن له في نوع من التجارة كالبر مثلادون غيره ( كان مأذوناً له في جميع أنواعها عندنا وعندهما في ذلك النوع خاصة وكذا لو كان أذن له إذا عاها ثم نهاه عن نوع فالأذن توكيل وإنابة من المولى لأنه يستفيد الولاية من جهة وهو الملك وهو الحكم ثبت له ) أي للمولى ( دون العبد ولهذا عملك بحره فيتخصص بالأذن بما خصه به كالمضارب ) إذا قال له رب المال عمل مضاربة في البر مثلا ( ولنا أن الأذن باسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه ) في أول كتاب المأذون وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع ( لكون التخصيص

ولا يلزم من كون السكوت أذنا بالنظر إلى ضرر متوهم كونه أذنا بالنظر إلى متحقق وهو الجواب عن بيع الأجنبي له وفي الرهن لم يصر سكوتة أذنا لان جعله أذنا يبطل ملك المرتبة عن اليد وقد لا يصل إلى يده من محل آخر فكان في ذلك ضرر متحقق لا يقبل الراهن أيضا يتضرر بربطه لان ملكه عن الثمن فترجع ضرر المرتبة تحكم لان بطلان ملكه عن الثمن موقوف لان بيع المهر من موقوف على ظاهر الرواية وبطلان ملك المرتبة عن اليد بات فكان أقوى وأما الرقيق عبدا كان أو أمة إذا زوج نفسه فأنما لم يصر السكوت فيه أذنا قال به بعض الشارحين ناقلا عن مبسوط شيخ الاسلام لان السكوت انما يصير أذنا وإجازة دفعا للضرر ولا ضرر على أحد في نكاح العبد والامة لان النكاح يكون موقوفا لان نكاح المملوك مملوك المولى لم يفسد من اصلاح ملكه ومنافع بيع المملوك كذلك وليس لأحد ابطل ملكه بغير رضاه فكان موقوفا أم كان فسخه فلا يتضرر به أحد وقيل فيه نظرا لأنه لا كلام في أن نكاح الرقيق موقوف على إذن المولى وإجازته وانما هو في أن سكوتة إجازة أولا ولعل الصواب أن يقال ان في ذلك ضررا محققا للمولى فلا يكون السكوت أذنا الى هنا لفظ العناية وقال بعض الفضلاء وعندى ان النظر غير وارد لان كون السكوت أذنا كان لأجل دفع الضرر بحيث لا ضرر يبقى على القياس ولا يجعل أذنا اه ( أقول ) كانه لم يفهم مراد من أورد النظر اذا لا كلام في أن كون السكوت أذنا كان لأجل دفع الضرر وانما هو في أن نكاح الرقيق هل فيه ضرر أم لا اذا شك أنه موقوف على إذن المولى فان كان سكوتة أذنا تحقق الضرر فيه والافلا فحيث احتمل أن يكون سكوتة أذنا في صورة تزويج الرقيق نفسه لم يفد كون نكاحه موقوفا على أنه عدم ثبوت الضرر فيها وان بني عدم ثبوت الضرر فيها على عدم كون سكوتة فيها أذنا لزم المصادرة اذ هو أول الكلام الذي طوّل الفرق بينه وبين ما نحن فيه في أصل السؤال وهذا هو المراد بقوله في النظر وانما هو في أن سكوتة إجازة أولا تأمل نقف ( قوله وعلى هذا الخلاف إذا انهاء عن التصرف في نوع آخر ) يعني إذا انهاء عن التصرف في نوع آخر من التجارة بعد أن أذن له في نوع مخصوص منها فالخلاف فيه كالحلاف فيما إذا سكت عن النهى عن التصرف في نوع آخر منها بعد أن أذن له في نوع مخصوص منها والحاصل أنه سواء نهى عن غير ذلك النوع أو سكت عنه يكون أذونا في جميع التجارات خلافا لفرق والشافعي كما ذكر في الايضاح ونقل عنه في النهاية وهو عراج الدراية قال صاحب العناية في هذا المقام وكذا لو كان أذن له إذا عاها ثم نهاه عن نوع اه ( أقول ) هذا الشرح لا يطابق المشروح اذا المراد به ما قرئناه أنفا يدل عليه لفظ آخر في قول المصنف إذا انهاء عن التصرف في نوع آخر وبأي ذلك ما قاله صاحب العناية قطعاً كيف ومسئلة لاذن العام قد مررت مع متفرعاتها في الصحيفة الاولى ونحن الآن بصدد بيان مسئلة الأذن في نوع خاص فلا معنى لخلط حديث الأذن العام ههنا كما لا يخفى ( قوله ولنا أنه اسقاط الحق وفك الحجر على ما بيناه ) وعند ذلك تظهر مالكية العبد فلا يتخصص بنوع دون نوع ( أقول لقائل أن يقول ان أريد أنه اسقاط الحق بجهلته وفك الحجر بذهمه فهو ممنوع كيف ولو كان كذلك لصح هبته واقرضه ونحوه مامن التبرعات وليس كذلك قطعاً كما سيأتي في الكتاب وان أريد اسقاط الحق وفك الحجر في بعض التصرفات فهو مسلم لكن لا يثبت به المدعى اذا يلزم منه اسقاطه ونفكه في جميع



اذنالك تصرف في ملك الغير وهو لا يجوز وفوقه بالاذن في السكاح فانه فلان الحجر واسقاط الحق واذا اذن العبد ان يتزوج فلانه ليس له ان يتزوج غيرها واجيب بان الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لاني ملك الغير لان السكاح تصرف في ملك الولي لانه لا يجوز الا بالولي والرق اخرج العبد من اهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للولي وله هذا جاز ان يبيعه عليه كان العبد كالمالك والنايب عن مولاه فيخصص بما خصه به من التصرف فان قيل قد تقدم ان الضرر باللاحق بالمولي يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز ان يكون العبد عالما بالتجارة في الزدود الخ اجيب بانه ضرر غير متحقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على ان جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة رضي الله عنه يدفع ذلك وبالحجة اذا ثبت بالدليل انه يتصرف بأهليته ومالكه فليس السؤال واردا (قوله بخلاف الوكيل) يجوز ان يكون جوابا عن قوله كالمضارب لان المضارب وكيل والوكيل يستفيد الولاية من جهته لانه يتصرف في مال غيره وقوله (وحكم التصرف) جواب لقوله ويثبت الحكم للولي وهو ما نعت بالسند اى لانسلم ان حكم التصرف وهو الملك واقع للولي بل هو واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والتفقه بغير اذن المولى وما استغنى عنه بخلفه المالك فيه وموضعه اصول الفقه قال (وان اذن له في شيء بعينه) اذا اذن المولى في شيء بعينه مثل ان يقول (٣٣٩) اشتر هذا الثوب بعينه أو ثوبا بالكسوة أو طعاما زقا لاهل لم يكن

بخلاف الوكيل لانه يتصرف في مال غيره فتثبت له الولاية من جهته وحكم التصرف وهو الملك واقع للعبد حتى كان له ان يصرفه الى قضاء الدين والتفقه وما استغنى عنه بخلفه المالك فيه قال (وان اذن له في شيء بعينه فليس بما اذن) لانه استخدام ومعناه ان يأمره بشراء ثوب معين لا كسوة أو طعام زقا لاهله وهذا لانه لو صار له اذن بان يسد علمه باب الاستخدام بخلاف ما اذا قال اذني الغلة كل شهر كذا أو قال اذني ألفا وانت حر لانه طلب منه المال ولا يحصل الا بالكسب أو قال له افعه دسبانا أو قصار لانه اذن بشراء ما لا بد له منه وهو نوع فيصير ما اذن في الانواع

التصرفات حتى يلزم ان يكون ما اذناه في جميعها كما هو المدعى فان قلت المراد انه اسقاط الحق وفك الحجر في بعض معين من التصرفات وهو جنس التجارة والمدعى كونه ما اذناه في جميع أنواع هذا الجنس لاني جميع أنواع اجناس التصرفات فلا يرد النقص بالتبرعات ولا عدم ثبوت المدعى قلت فلما قل ان يقول ان أريد بقوله فلا يتخصص بنوع دون نوع انه لا يتخصص بذلك اذا أطلقه ولم يقيد بنوع فهو مسلم لكن لا يجزى طائلا لان ما نحن فيه صورة التقييد وان أريد بذلك انه لا يتخصص بنوع دون نوع وان قيد بذلك فهو ممنوع كيف وهلا يتوقف تمامه على أول المسئلة وهو ان يكون الاذن في نوع من التجارة اذنا في جميعها فيؤدي الى المصادرة على المطاوب فان قلت علل صاحب العناية قول المصنف فلا يتخصص بنوع دون نوع بقوله لكون التخصيص اذناك تصرف في ملك الغير وهو لا يجوز اه فلا مصادرة على المطاوب قلت ذلك التعليل ليس بنام اذناك ايضا ان يقول انما يكون التخصيص تصرف في ملك الغير ان لو أطلق الاذن أو لا يتحقق اسقاط الحق وفك الحجر على الاطلاق وظاهر مالكية العبد في التجارات مطلقا ثم خصه بنوع منها وما نحن فيه ليس كذلك

يتكرر صرحا مثل ان يقول اشتر لي ثوبا أو قال بعه أو قال بعه هذا الثوب واشتر بثمانه أو دلالة كما اذا قال اذني الغلة كل شهر أو اذني ألفا وانت حر فانه طلب منه المال وهو لا يحصل الا بالكسب فهو دلالة التكرار أو قال افعه صبانا أو قصار لانه اذن بشراء ما لا بد له منه دلالة وهو نوع من الانواع يتكرر بتكرار العمل المذكور كان ذلك اذنا وان اذن بتصرف غير مكرر كطعام أهله وكسوتهم لا يكون اذنا ونوقض بما اذا غصب العبد متاعا وأمره مولاه ببيعه فانه اذن في التجارة وليس الامر بعه مكرر والجواب انه أمر بالعقد المكرر دلالة وذلك لان تخصيصه ببيع المغصوب باطل لعدم ولايته عليه والاذن قد صدر منه صرحا فاذا بطل التقييد ظهر الاطلاق وكلام المصنف رحمه الله يشير الى أن لفافا هو التصرف النوعي والشخصي والاذن بالاول دون الثاني فتأمل

(قوله اذناك تصرف في ملك الغير وهو لا يجوز) أقول لا يقال فينبغي ان لا يجوز الحجر بعد الاذن لان التصرف في ملك الغير انما يكون اذا كان للغير ملك وفي الحجر بعد الاذن ليس كذلك تأمل (قوله واجيب بان الاذن فيه تصرف الخ) أقول يعني لانسلم انه فلان الحجر واسقاط الاذن بل هو توكيل وانابة (قوله فليس السؤال واردا) أقول السؤال معارضة فإلم تظهر قوة هذا الدليل لا يدفع السؤال (قوله لعدم ولايته عليه) أقول فلا يمكن حمله على الاستخدام اذ لا ملأه فيه

قال (واقرار المأذون بالديون والغصب واجب جائز) اقرار المأذون بالديون والغصب والودائع جائز (لان الاقرار به امن توابع التجارة) أما بالديون والودائع فظاهر فان السامع قد لا يقبض الثمن فيكون ديناً أو يقبض فيودع عنده وأما بالغصب فلا ان الغصب يوجب الملك عند أداء الضمان فالضمان الواجب به من جنس التجارة ومن ملك التجارة ملك توابعها لانه لو لم يملكها لادى ذلك الى انتفاء التجارة فان الناس اذا علموا أن اقراره غير صحيح احتجوا عن مبياعته ومعاملته (ولا فرق في صحته بين ما اذا كان عليه دين أو لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين العمة كفى الحر) والجامع تعلق حق الغرماء بما في أيديهم من المال والكسب (بخلاف الاقرار بماليس من توابع التجارة) كالأقرار أنه وطئ جارية هذا الرجل بنكاح بغير إذن مولاه فاقضها فانه لم يصدق فيه (لانه كالحجور في حقه) وكذا لو أقر بجناية على حر أو عبداً ومهر وجب عليه بنكاح صحيح أو فاسداً أو شبهة فاققراره باطل ولا يؤاخذ به حتى يعتق لان فلان الجرائم يظهر في حق التجارة بماليس من باب التجارة لم يظهر في حقه فكان اقراره كاقرار الحجور قال (وليس للمأذون أن يتزوج لانه ليس بتجارة قال ولا يزوج مملوكه) لذلك (وجوز أبو يوسف رحمه الله تزويج الاماء لانه تحصيل المال) وهو المقصود بالأذن (فكان كالاجارة وقال الأذن تضمن التجارة وهذا ليس بتجارة) ومعناه سلمنا أن الأذن لتحصيل المال لكن لا مطلقاً بل على وجه يكون من صنيع التجار وانكاح الامه ليس من ذلك وقوله (ولهذا لا يملك تزويج العبد) توضيح ليس بواضح لعرائه عن تحصيل المال بالكلية بل فيه تعيب العبد وشغل رقبته بالمهر بلا منفعة (قوله وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصي) يعني أن هؤلاء لا يملكون تزويج

(٣٤٠)

في هذه الرواية نظراً لانه ذكر قبل هذا في كتاب المكاتب من هذا الكتاب أن لهما يعني الأب والوصي أن يزوجا أمة الصغير بلا خلاف حيث جعل الأب والوصي هناك في رقيق الصغير بمنزلة المكاتب والمكاتب أن يزوج أمة لانه اكتساب لاستفادته المهر قال وما ذكره في المكاتب أصح لانه موافق لعامة الروايات من

قال (واقرار المأذون بالديون والغصب جائز وكذا بالودائع) لان الاقرار من توابع التجارة اذ لم يصح لاحتساب الناس مبياعته ومعاملته ولا فرق بين ما اذا كان عليه دين أو لم يكن اذا كان الاقرار في صحته فان كان في مرضه يقدم دين العمة كفى الحر بخلاف الاقرار بما يجب من المال بسبب التجارة لانه كالحجور في حقه قال (وليس له أن يتزوج) لانه ليس بتجارة قال (ولا يزوج مملوكه) وقال أبو يوسف يزوج الامه لانه تحصيل المال بمنافعها فأشبهه اجارته واولهما أن الأذن يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة وله هذا لا يملك تزويج العبد وعلى هذا الخلاف الصبي المأذون والمضارب والشريك شركة عنان والأب والوصي قال (ولا يكتتب) لانه ليس بتجارة اذ هي مبادلة المال بالمال والبدل فيه مقابل بفك الحجر فلم يكن تجارة (الأن يجيزه المولى ولادين عليه) لان المولى قدم ملكه وبصير العبد نائباً عنه وترجع الحقوق الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير

اذ الكلام فيما اذا قسده أولاً فقال أذنت لك في هذا النوع فقط ولا شك أن مثل هذا الكلام كلام واحد ليس لأوله حكم مستقل ولا آخره الذي هو قسده حكم آخر بل للجموع حكم واحد يتم أوله

رواية المبسوط والتممة ومختصر الكافي وأحكام الصغار وقال بعض الشارحين يحمل على أن في المسئلة وايتين بأخيه قال (ولا يكتتب لانه ليس بتجارة) ولا يجوز للمأذون أن يكتتب لانه يتضمن التجارة وهذا ليس بتجارة (لان التجارة مبادلة المال بالمال والبدل) وان كان مالاً (لكنه مقابل بفك الحجر) وهو ليس بمال (فلم يكن تجارة الا أن يجيزه المولى ولادين عليه) لان هذا عقده محيز حال وقوعه فيتوقف على الاجازة فتكون الاجازة في الانتهاء كالأذن في الابتداء وبيانه ما قاله (لان المولى قدم ملكه) لان كسب العبد المأذون خاص ملك المولى والمولى يملك فيه مباشرة الكتابة فملك الاجازة (وبصير العبد نائباً عن المولى وترجع الحقوق) وهي مطالبة ببدل الكتابة والفسخ عند العجز وثبوت الولاء بعد العتق (الى المولى لان الوكيل في الكتابة سفير) لكونها اسقاطاً فكان قبض البدل الى من نفذ العتق من جهته ولقائل أن يقول الوكيل سواء كان سفيراً أو لا اذا عقد العقد لا يحتاج الى اجازة وههنا ليس كذلك ويمكن أن يجاب عنه بأن ثبت الوكيل بطريق الانقلاب وانما قال ولادين عليه لانه لو كان عليه دين قليلاً كان أو كثيراً بطلت كتابته وان أجازه المولى لان المولى بالاجازة يخرج المكاتب من أن يكون كسباً للعبد وقيام الدين يمنع المولى من ذلك قل الدين أو أكثر

(قوله لانه لو كان عليه دين قليلاً كان أو كثيراً) أقول قال الامام العلامة الزيلعي وهذا مشكل فان الدين اذا لم يكن مستغفر فارقبته ولمافي يده لا يمنع الدخول في ملك المولى بالجماع أصحاً بنا حتى جاز للمولى عتق ما في يده فكيف تصور هذه المسئلة على قول من بأى هذا وانما الخلاف في المستغرق فعند أبي حنيفة يمنع من دخوله في ملك المولى وعندهما لا يمنع اه (قوله قل الدين أو أكثر) أقول فيه بحث

(ولا يعتق على مال لانه لا يملك الكتابة) والمكاتب عبد مابق عليه درهم (فالاعتاق أولى) وهذا اذا لم يحجز المولى فان اجاز ولادين عليه حازلانه يملك انشاء العتق فيملك الاجازة وقبض المال الى المولى دون العبد وكذا اذا كان عليه دين عندهما لكن يضمن قيمة العبد للغرماء لانه لو انشأ العتق جاز ويضمن القيمة فكذا اذا اجاز ولا سبيل للغرماء على العوض (٣٤١) لان ما يؤديه كسب الحر ولا حق لهم في كسب الحر بخلاف

بدل الكتابة فانه يؤدى في حال الرق فتعلق به حقهم (ولا يقرض ولا يهب بعوض وبغيره ولا يتصدق لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاه او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال (الا أن يهدى البشير من الطعام أو يضيف من يطعمه) لانه من ضرورات التجارة استجلا بالقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له أصلا فكيف يثبت ما عو من ضروراته وعن أبي يوسف أن المحجور عليه اذا أعطاه المولى قوت يومه فسد عابض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا أعطاه قوت شهر لانهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمرة أن تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال (وله أن يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار) لانه من صنيعهم وربما يكون الخط أنظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه (وله أن يؤجل في دين وجب له) لانه من عادة التجار قال (ودونه متعلقة برقبته يباع للغرماء

قال (ولا يعتق على مال) لانه لا يملك الكتابة فالاعتاق أولى (ولا يقرض) لانه تبرع محض كالهبة (ولا يهب بعوض ولا بغير عوض وكذا لا يتصدق) لان كل ذلك تبرع بصريحه ابتداء وانتهاه او ابتداء فلا يدخل تحت الاذن بالتجارة قال (الا أن يهدى البشير من الطعام أو يضيف من يطعمه) لانه من ضرورات التجارة استجلا بالقلوب المجاهزين بخلاف المحجور عليه لانه لا اذن له أصلا فكيف يثبت ما عو من ضروراته وعن أبي يوسف أن المحجور عليه اذا أعطاه المولى قوت يومه فسد عابض رفقائه على ذلك الطعام فلا بأس به بخلاف ما اذا أعطاه قوت شهر لانهم لو أكلوه قبل الشهر يتضرر به المولى قالوا ولا بأس للمرة أن تتصدق من منزل زوجها بالشيء اليسير كالرغيف ونحوه لان ذلك غير ممنوع عنه في العادة قال (وله أن يحط من الثمن بالعيب مثل ما يحط التجار) لانه من صنيعهم وربما يكون الخط أنظر له من قبول المعيب ابتداء بخلاف ما اذا حط من غير عيب لانه تبرع محض بعد تمام العقد فليس من صنيع التجار ولا كذلك المحاباة في الابتداء لانه قد يحتاج اليها على ما بيناه (وله أن يؤجل في دين وجب له) لانه من عادة التجار قال (ودونه متعلقة برقبته يباع للغرماء

بآخره من أين يلزم التصرف في ملك الغير تأمل جدا ثم قال صاحب العناية وفوق بالاذن في النكاح فانه فك الحرج واسقاط الحق واذا اذن للعبد أن يتزوج فلانه ليس له أن يتزوج غيرها وأجيب بأن الاذن فيه تصرف في ملك نفسه لا في ملك الغير لان النكاح تصرف مملوك للمولى لانه لا يجوز الا بولي والرق أخرج العبد من أهلية الولاية على نفسه فكانت الولاية للمولى ولهذا اجاز أن يجبره عليه فكان العبد كالوكيل والنائب عن مولاه فينتخص بما خصه به من التصرف فان قيل قد تقدم أن الضرر اللاحق بالمولى يمنع الاذن وقد يتضرر المولى بغير ما خصه به من التصرف لجواز أن يكون العبد عالما بالتجارة في البرز دون الخمر أجيب بأنه ضرر غير متحقق ولئن كان فله مدفع وهو التوكيل به على أن جواز التصرف بالغبن الفاحش عند أبي حنيفة يدفع ذلك وبالجملة اذا ثبت بالدليل أنه يتصرف بأهليته ومالكيته فليس السؤال واردا الى هنا كلامه (أقول) ان قوله وبالجملة الخ ليس بشئ أما أولا فلأن حاصل السؤال أنه قد يبطق الضرر بالمولى عند تصرف العبد بغير ما خصه به فينبغي أن لا يجوز ولا يخفى أن ثبوت كون العبد متمصرفا بأهليته ومالكيته لا يدفع وروى ذلك اذ لا شك أن المتمصرف بأهليته ومالكيته لا يملك الاضرار بالغير اذا اضرار في الاسلام وأما ثانيا فلا نه يرد السؤال بطريق المعارضة على ما ثبت بالدليل لاحالة والا يلزم أن ينسد باب المعارضة بالكلية لانها اقامة الدليل على خلاف ما أقام عليه انظم الدليل مع أنها طريق مقبول لم ينكره أحد ولا شك أن السؤال المزبور معارضة فالوجه في الجواب عنه ما ذكره في أوائل جوابه دون قوله هذا (قوله ودونه متعلقة برقبته يباع للغرماء) أى يبيعه القاضي لدين الغرماء بغير رضا المولى فان قيل ما وجه البيع على قول أبي حنيفة وهو لا يرى الحرج على الحر العاقل بسبب الدين ويبع القاضي العبد بغير رضا مولاه حرج عليه أجيب بأن ذلك ليس بحرج عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه الا لا يجوز للمولى بيع العبد المدين بغير رضا الغرماء وحرج المحجور غير متصور فكان كالتركة المستغرقة بالدين في جواز أن يبيعه القاضي على الورثة ان

التجار بالجهاز وهو فاخر المتاع أو يسافر به شرف الى المجاهر كذا في المغرب وباقى كلامه ظاهر قال (ودونه متعلقة برقبته) اذا وجب دين على المأذون بالتجارة أو مجاهو في معناها فان كان له كسب يبيع بدنه بالاجاع وإن لم يكن له كسب وتعلقت برقبته (يبيع للغرماء

) قوله بخلاف بدل الكتابة فانه يؤدى الخ (أقول فيه نوع تأمل فانه اذا كان مديونا لا يجوز الكتابة الا أن يكون ارتكاب الدين بعد الكتابة وفيه وجه آخر فتدبر

حاصلا لا تقويت مال حاصل وذلك أى غرض المولى حاصل فى تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شئ منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جنائية واستهلاك الرقبة بالجنائية لا يتعلق بالاذن ولما أن الواجب فى ذمة العبد ظهر وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهى داخله تحت الاذن

امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعبد تجر الكونههم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء كذا فى العناية وعامة الشروح وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية الى الذخيرة (أقول) فى الجواب نظر لانه لا يحسم مادة الاشكال اذ لسائل أن يعيد الكلام الى كونه محجورا عن بيعه قبل ذلك فانه يقتضى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين فيشكل على أصل أبي حنيفة ثم ان الفرق بينه وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر اذ لا يثبت الملك للورثة فى التركة المستغرقة بالدين لان حق الغريم يقدم على حق الوارث ولهذا اذا اعتق الورثة عبدا من التركة المستغرقة بالدين لا ينفذ اعتاقهم بخلاف العبد المأذون له فان ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ اعتاقه اياه وسيا فى ذلك كله فى الكتاب فسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين انما هو عدم كونها مملوكة لهم فلا ينتقض به أصل أبي حنيفة وهو أن لا يرى الحجر بسبب الدين وأما كون المولى محجورا عن بيع عبده المأذون له فلا سبب له سوى الدين فيلزم أن ينتقض به أصله كما لا يخفى فتأمل (قوله الآن بفديه المولى) قال صاحب العناية وقوله الآن بفديه المولى إشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور اه (أقول) فيه بحث لان قوله الآن بفديه المولى انما يشير الى أن عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء لانه انما يتصور اذا كان المولى حاضرا بناء على أن اختيار الفداء من الغائب غير متصور وأما أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا فلا إشارة فى قوله المذكور اليه لان الفداء من المولى انما يتصور عند حضور المولى أو نائبه وأما عدم الفداء منه فكما يتصور عند حضور المولى أو نائبه كذلك يتصور عند غيبتهما أيضا كما لا يخفى والبيع انما يجوز فيما اذا لم يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقي بعد الثبوت فى المسئلة المذكورة فلما يتصور عدم الفداء فى كل من صورتي الحضور والغيبه احتمل جواز البيع فى كل من تينك الصورتين أيضا فحسن أن حصلت الإشارة الى انحصار جوازه فى صورة حضور المولى نعم البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا كما صرحوا به فى الشروح وعامة المعبرات حيث قالوا هذا اذا كان المولى حاضرا فأما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان انحصار فى رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضوره أو بمحضرة نائبه بخلاف الكسب فانه يبيع بالدين وإن كان المولى غائبا لان انحصار فيه هو العبد اه لكن الكلام فى حصول الإشارة اليه فى قول المصنف الآن بفديه المولى كما ادعاه صاحب العناية تدبر (قوله وهذا لان سببه التجارة وهى داخله تحت الاذن) قال صاحب العناية وهذا إشارة الى دفع الضرر وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخله تحت الاذن بلا خلاف فسيها داخل تحتها واذا كان داخل تحتها كان ملتزما فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرا لان الكسب قد لا يوجد والعق كذا فتتوى حقوق الناس ويجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه فى حق المولى

الآن بفديه المولى) وقال زفر والشافعي لا يبيع وبيع كسبه فى دينه بالاجماع لهما أن غرض المولى من الاذن تحصيل مال لم يكن لا تقويت مال قد كان له وذلك فى تعلق الدين بكسبه حتى اذا فضل شئ منه عن الدين يحصل له لا بالرقبة بخلاف دين الاستهلاك لانه نوع جنائية واستهلاك الرقبة بالجنائية لا يتعلق بالاذن ولما أن الواجب فى ذمة العبد ظهر وجوبه فى حق المولى فيتعلق برقبته استيفاء كدين الاستهلاك والجامع دفع الضرر عن الناس وهذا لان سببه التجارة وهى داخله تحت الاذن

امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعبد تجر الكونههم محجورين عن بيعها قبل ذلك بغير رضا الغرماء كذا فى العناية وعامة الشروح وعزاه فى النهاية ومعراج الدراية الى الذخيرة (أقول) فى الجواب نظر لانه لا يحسم مادة الاشكال اذ لسائل أن يعيد الكلام الى كونه محجورا عن بيعه قبل ذلك فانه يقتضى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين فيشكل على أصل أبي حنيفة ثم ان الفرق بينه وبين التركة المستغرقة بالدين ظاهر اذ لا يثبت الملك للورثة فى التركة المستغرقة بالدين لان حق الغريم يقدم على حق الوارث ولهذا اذا اعتق الورثة عبدا من التركة المستغرقة بالدين لا ينفذ اعتاقهم بخلاف العبد المأذون له فان ملك المولى فيه باق ولهذا ينفذ اعتاقه اياه وسيا فى ذلك كله فى الكتاب فسبب كون الورثة محجورين عن بيع التركة المستغرقة بالدين انما هو عدم كونها مملوكة لهم فلا ينتقض به أصل أبي حنيفة وهو أن لا يرى الحجر بسبب الدين وأما كون المولى محجورا عن بيع عبده المأذون له فلا سبب له سوى الدين فيلزم أن ينتقض به أصله كما لا يخفى فتأمل (قوله الآن بفديه المولى) قال صاحب العناية وقوله الآن بفديه المولى إشارة الى أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا لان اختيار الفداء من الغائب غير متصور اه (أقول) فيه بحث لان قوله الآن بفديه المولى انما يشير الى أن عدم جواز البيع عند الفداء كما هو الحاصل من الاستثناء لانه انما يتصور اذا كان المولى حاضرا بناء على أن اختيار الفداء من الغائب غير متصور وأما أن البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا فلا إشارة فى قوله المذكور اليه لان الفداء من المولى انما يتصور عند حضور المولى أو نائبه وأما عدم الفداء منه فكما يتصور عند حضور المولى أو نائبه كذلك يتصور عند غيبتهما أيضا كما لا يخفى والبيع انما يجوز فيما اذا لم يقع الفداء من المولى كما هو الحاصل من الباقي بعد الثبوت فى المسئلة المذكورة فلما يتصور عدم الفداء فى كل من صورتي الحضور والغيبه احتمل جواز البيع فى كل من تينك الصورتين أيضا فحسن أن حصلت الإشارة الى انحصار جوازه فى صورة حضور المولى نعم البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضرا كما صرحوا به فى الشروح وعامة المعبرات حيث قالوا هذا اذا كان المولى حاضرا فأما اذا كان غائبا فانه لا يبيع العبد حتى يحضر المولى فان انحصار فى رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضوره أو بمحضرة نائبه بخلاف الكسب فانه يبيع بالدين وإن كان المولى غائبا لان انحصار فيه هو العبد اه لكن الكلام فى حصول الإشارة اليه فى قول المصنف الآن بفديه المولى كما ادعاه صاحب العناية تدبر (قوله وهذا لان سببه التجارة وهى داخله تحت الاذن) قال صاحب العناية وهذا إشارة الى دفع الضرر وبيانه أن سبب هذا الدين التجارة لانه المفروض والتجارة داخله تحت الاذن بلا خلاف فسيها داخل تحتها واذا كان داخل تحتها كان ملتزما فلو لم يتعلق برقبته استيفاء كان اضرا لان الكسب قد لا يوجد والعق كذا فتتوى حقوق الناس ويجوز أن يكون بيانا لقوله ظهر وجوبه فى حق المولى

(قوله وهذا إشارة) أقول ولعل الاولى أن يكون قول المصنف وهذا إشارة الى تعلق الدين برقبته (قوله الى تحرير دفع الضرر) أقول يعنى الضرر الحاصل بتعلق الدين برقبته



وقوله (وتعلق الدين برقبته استيفاء) جواب عن قوله ما ان غرض المولى من الاذن بتحصيل مال له الخ وبيانه ان الدين اذا تعلق برقبته استيفاء وعلم المعاملون ذلك كان ذلك حاملا على المعاملة فتكثر المعاملة معه ويزداد الربح بخلاف ما اذا لم يكن كذلك فان خوف التوى يمنعهم عن ذلك فمن هذا الوجه يصلح ان يكون غرض المولى فان قيل لا يصلح ان يكون غرضا لا لانه يتضرر به والضرر لا يكون غرضا اجاب بقوله (وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه) وفيه اشكال وهو ان المبيع ان كان باقيا وفيه وفاء بالدين لا يتحقق بيع العبد وان لم يكن باقيا وكان وليس فيه وفاء به لم يكن دخوله في ملكه دافعا للضرر واجيب عنه بان المراد به مبيع قبضه المولى حين لادين على العبد ثم ركبته ديون فانه لا يجب على المولى رده ان كان باقيا ولا ضماناته ان لم يكن بل يباع العبد بالدين ان اختاره المولى ويكون المبيع جارا للمساكنات من العبد والظاهر ان الدين لما استغرق رقبته العبد كانت قيمة المبيع مساوية لقيمة العبد قبل وليس بواضح وذلك لانه لاتنافي بينهما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظر الجانبيين وعند عدمه يستوفى من الرقبة لانه لا دليل على ظهور ذلك على أنه مخصوص بما اذا قبض مبيعا قبل تركب الديون دون غيره بل الواضح فيه ان يقال المراد بالدين ما وجب بالتجارة كما ذكر في الكتاب وذلك لا يكون الا بدخول مبيع او ما هو في معناه في ملك المولى ودخوله في ملكه يقابل ما يقوته وهلاكه في ملكه لا يخرج به عن المقابلة والظاهر انه يكون بمقدار ما يؤدي من قيمة العبد لان الشراء بعين نادر ومعنى هذا الكلام ان المولى (٣٤٣) كانه اشترى الديون التي على العبد

بالعبد ولولم تكن مساوية لقيمته كان ذلك شراء بعين وهو نادر وتحقيقه انهم اقول تكن مساوية لا اختار اداء الديون دون بيع العبد والجواب الاول على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه وهو مخصوص بما ذكرنا المعترض والثاني عام لكنه انما يستقيم على مذهبهما فان المولى يملك كسب العبد المأذون المديون عندهما كما سيجي وقوله (وتعلقه بالكسب) جواب عما يقال اجمعا انه تعلق بالكسب فكيف

وتعلق الدين برقبته استيفاء حامل على المعاملة فمن هذا الوجه يصلح غرضا للمولى وينعدم الضرر في حقه بدخول المبيع في ملكه وتعلقه بالكسب لا ينافي تعلقه بالرقبة في تعلق بهما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء ليقض الحق الغرماء وابقا لمقصود المولى وعند انعدامه يستوفى من الرقبة وقوله في الكتاب ديونه المراد منه دين وجب بالتجارة او بما هو في معناها كالبيع والشراء والاجارة والاستئجار وضمنان الغصوب والودائع والامانات اذا بحدوها وما يجب من القهروطه المشتراة بعد الاستحقاق لاستناده الى الشراء فيلحق به

تحريره يشعر بخلافه وذلك لان كون سبب الدين التجارة وكون التجارة داخلة تحت الاذن لا مدخل لخصوصية شيء منها في حق تضرر الناس فانهم يتضررون بتوى حقهم سواء كان سبب الدين التجارة او غيرها كصداق امرأة تزوجها العبد المأذون بغير اذن المولى وسواء كانت التجارة تجارة داخلة تحت الاذن او تجارة غير داخلة تحتها كما اذا لحق بالعبد المحجور دين بسبب التجارة واما في حق ظهور وجوب الدين في حق المولى فله خصوصية كل واحد منهم ما مدخل لاحالة فيالحل على المعنى الاول لانه الفائدة والتفريق واما بالحل على المعنى الثاني فيتم كل ذلك لان المانع عن تعلق الدين برقبته العبد المحجور كان لزوم ابطال حق المولى من غير رضاه واذا ظهر وجوب الدين في ذمة العبد المأذون في حق المولى بدخول سببه تحت اذن المولى زال ذلك المانع قطعاً فعلق الدين برقبته وما يقرر المعنى الثاني تحرير صاحب

يتعلق بعد ذلك بالرقبة وذلك لانه لاتنافي بينهما غير انه يبدأ بالكسب في الاستيفاء نظر الجانبيين وعند عدمه يستوفى من الرقبة دفعا للضرر عن الناس كما تقدم وقوله الآن يفديه المولى اشارة الى ان البيع انما يجوز اذا كان المولى حاضر الان اختيار العبد من الغائب غير متصور لان الخصم في رقبة العبد هو المولى فلا يجوز البيع الا بحضوره او بحضور نائبه بخلاف بيع الكسب فانه لا يحتاج الى حضور المولى لان العبد خصم فيه فان قيل ما وجه البيع على قول أبي حنيفة رحمه الله وهو لا يرى الحجر على الحر العاقل بسبب الدين وبيع القاضي العبد بغير امر مولا محجور عليه اجيب بان ذلك ليس محجور عليه لانه كان قبل ذلك محجورا عن بيعه اذا لا يجوز للمولى بيع العبد المديون بغير رضا الغرماء ومحجور غير متصور وهو كانه المستغرق بالدين في جواز ان يبعها القاضي على الورثة اذا امتنعوا عن قضاء الدين فانه لا يعتد بحجر الكونهم محجورين عن بيعه قبل ذلك بغير رضا الغرماء (قوله وقوله في الكتاب) يعني مختصر القدرى ومعناه ظاهر

(قوله قبل وليس بواضح الى قوله لانه لا دليل الخ) اقول وفيه بحث فان ندور الشراء بعين يوضحه (قوله ومعنى هذا الكلام الخ) اقول فيه تأمل (قوله والجواب الاول على مذهب أبي حنيفة رضي الله عنه وهو مخصوص بما ذكرنا المعترض والثاني عام لكنه انما يستقيم على مذهبهما الخ) اقول قوله الاول اراد به ما تقدم تسعة أسطر تخميننا وهو قوله واجيب عنه بان المراد به مبيع قبضه الخ وقوله بما ذكرنا المعترض اراد به ما تقدم تسعة أسطر تخميننا وهو قوله على أنه مخصوص بما اذا قبض مبيعا الخ وقوله والثاني اراد به ما تقدم بأسطر وهو قوله بل الواضح الخ



قال (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) اذا باع القاضى العبدية سم ثمنه بين الغرماء بالحصص (لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة) وان لم يكن وفاء بالثمن يضرب (٣٤٤) كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء (فان بقي عليه شيء

قال (ويقسم ثمنه بينهم بالحصص) لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة (فان فضل شيء من دينه طواب به بعد الحرية) لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به (ولا يباع ثانيا) كي لا يتمتع البيع أو دفع الضرر عن المشتري (ويتعلق دينه بكسبه سواء حصل قبل حقوق الدين أو بعده ويتعلق بما يقبل من الهبة) لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ (ولا يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين) لوجود شرط الخلو له

الكافي دالنا هنا حيث قال ولنا أن هذا دين ظهر وجوبه في حق المولى لانه وجب بسبب التجارة واذنه قد ظهر في حق التجارة فتباع رقبته العبدية كدين الاستهلاك دفع الضرر عن الناس وكذا تحرير صاحب الغاية اياه حيث قال ولنا أنه دين واجب على العبد ظهر وجوبه في حق المولى فيتعلق برقبته قياسا على دين الاستهلاك أما وجوبه على العبد فظاهر وأما ظهوره في حق المولى فلا نسب الدين هو التجارة باذن المولى فكان ظاهرا في حق المولى لا محالة واذنا ظهر في حق المولى تعلق برقبته استيفاء كافي دين الاستهلاك بخلاف ما اذا أقر المحجور حيث ثبت الدين عليه ولا يظهر في حق المولى لعدم اذنه اه كلامه ثم ان بعض الفضلاء قال ههنا وعلل الاولى أن يكون قول المصنف وهذا اشارة الى تعلق الدين برقبته اه وكأنه أخذ هذا المعنى مما ذكره صاحب معراج الدراية في شرح هذا المحل حيث قال قوله وهذا أي كون دين تجارته متعلقا برقبته باعتبار أن سببه التجارة وهي أي التجارة داخلية تحت الاذن اه (أقول) هذا الاحتمال ههنا ليس بشيء لان تعلق الدين برقبته أصل المدعى الذي وقع فيه الخلاف لفرو الشافعي ولو كني في اثبات ذلك قوله لان سببه التجارة وهي داخلية تحت الاذن لكان باقي المقدمات المذكورة في دليلنا المزبور مستدركة ولا يخفى أن العدة في اثبات مطلوبنا هذا انما هي قوله ظهر وجوبه في حق المولى فهو المحتاج الى البيان وتعلق الدين برقبته نتيجة متفرعة عليه ولذلك فرغ عليه المصنف اياه بقوله فيتعلق برقبته فالوجه أن تكون كلمة هذا في قوله وهذا اشارة الى ظهور وجوب ذلك الدين في حق المولى لا غير وهذا كله يظهر بالتأمل الصادق (قوله ويقسم ثمنه بينهم بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلقها بالتركة فان فضل شيء من دينه طواب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به) قال صاحب العناية في شرح هذا المقام اذا باع القاضى العبدية يقسم ثمنه بين الغرماء بالحصص لتعلق حقهم بالرقبة فصار كتعلق الحقوق بالتركة وان لم يكن بالثمن وفاء يضرب كل غريم في الثمن بقدر حقه كالتركة اذا ضاقت عن ايفاء حقوق الغرماء فان بقي عليه شيء من دينه أي دين العبد طواب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به اه كلامه (أقول) في تقريره خلل فان ذكر قوله فان بقي عليه شيء من دينه بطريق الشرعية سيما مع أداة التفريع بعد أن قال وان لم يكن بالثمن وفاء ليس بمستقيم لانه اذا لم يكن بالثمن وفاء يتعين بقاء شيء من دينه عليه فامعنى الشرطية وكان حق التعر بأن يقول فبأبقي عليه شيء من دينه طواب به بعد الحرية بخلاف قول المصنف فان فضل شيء من دينه طواب به بعد الحرية فله في موقعه اذ لم يعين فيما قبله عدم وفاء الثمن بالدين بل انما ذكر مجرد تقسيم ثمنه بينهم بالحصص فاحتمل أن يكون بالثمن وفاء وأن لا يكون فحسنت الشرطية وأداة التفريع كما لا يخفى (قوله لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ) قال صاحب العناية بعد قوله ولم يفرغ فكان ككسب غير منتزع (ولم يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لحصول

من دينه) أي ديون العبد (طواب به بعد الحرية لتقرر الدين في ذمته وعدم وفاء الرقبة به) ولا يسبيل لهم عليه قبلها لانه صار ملكا للمشتري والدين ما وجب باذنه فلا يظهر في حقه (ولا يباع ثانيا كي لا يتمتع البيع) فان المشتري اذا علم أن العبد الذي يشتريه يباع في يده ثانيا بدون اختياره امتنع عن شرائه فلا يحصل البيع الاول ويتضرر الغرماء (أو دفع الضرر عن المشتري) لانه لم يأذن له في التجارة فلم يكن راضيا ببيعه بسبب الدين فلو بيع عليه مع ذلك تضرر به ولا يلزم ما لو اشتراه البائع الا أن فانه لا يباع عليه ثانيا وان كان راضيا بالبيع لان الملك قد تبدل وتبدل المالك كبديل الذات (قوله ويتعلق دينه بكسبه) اسبان الكسب الذي يبدأ به والذي لا يبدأ به فالكسب الذي لم ينزعه المولى من يده يتعلق به الدين (سواء كان حصل قبل حقوق الدين أو بعده ويتعلق بما قبله من الهبة لان المولى انما يخلفه في الملك بعد فراغه عن حاجة العبد ولم يفرغ) فكان ككسب غير منتزع (ولم يتعلق بما انتزعه المولى من يده قبل الدين لحصول

(أقول)

شرط الخلو له) وهو خلو ذمة العبد عن الدين حال أخذ المولى ذلك

(قوله ولا يسبيل لهم) أقول بأخذ كسبه (قوله فلم يكن راضيا ببيعه) أقول اذا علم أنه يباع ثانيا يكون راضيا به (قوله فكان ككسب غير منتزع) أقول ظاهر التشبيه بالكسب يدل على اختصاص التعليل بالهبة وفيه بحث فالحق نعيمه التعلق بكسبه أيضا

(ولولى أن يأخذ غلة مثله) والغلة كل ما يحصل من ربيع الارض أو كرائها أو أجرة غلام أو نحو ذلك ومعناه أنه يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعدما زمته الديون كما كان يأخذ قبل ذلك وما زاد على ذلك من ريعه كان للغرماء ولا يأخذ أكثر مما كان يأخذ قبل الديون والقياس أن لا يأخذ أصلا وإن أخذ شيئا رده لأنه أخذ من كسبه وكسبه ذو الغرماء ولكنه استحسن فتبيل لسلامة المقرر قبله للمولى لا في أخذ المولى ذلك منفعة للغرماء ببقائه على الاذن بسبب ما يصل اليه من الغلة فلو لم يمكن من ذلك لجر عليه فلا يحصل الكسب وأما لزادة على ذلك فلا يأخذها لعدم الضرورة حيث لا يعد ذلك من باب تحصيل الغلة فأخذها ردها على الغرماء لتقدم حقهم فيها ثم اذن المولى لعبده ما أن يكون شائعا ولا فان كان الاول لم ينجر بحجره حتى يظهر الحجر له ولا كثر أهل سوقه لثاقتهم ر الناس عما يرضوا به من تأخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق حقهم برقبته وكسبه لان العبدان كسب شيئا أخذ المولى وأن لحته دين أقام بينة أنه كان قد حجر عليه في تأخر حقهم الى ما بعد العتق وهو موهوم وقد بايعوه على رجاؤه فلا أي يتعلق حقهم برقبته وكسبه وهو على اذنه الى أن يعلم بالحجر لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من (٣٤٥) خالص ماله بعد العتق ولم يرض

(وله أن يأخذ غلة مثله بعد الدين) لانه لو لم يمكن منه بحجر عليه فلا يحصل الكسب والزائدة على غلة المثل يردّها على الغرماء لعدم الضرورة فيها وتقدم حقهم قال (فان حجر عليه لم ينجر حتى يظهر حجره بين أهل سوقه) لانه لو انجر لتضرر الناس به لتأخر حقهم الى ما بعد العتق لما لم يتعلق برقبته وكسبه وقد بايعوه على رجاؤه ذلك ويشترط علم أكثر أهل سوقه حتى لو حجر عليه في السوق وليس فيه الرجل أو رجلا لم ينجر ولو بايعوه جازوا ببايعه الذي علم بحجره ولو حجر عليه في بيته فحضر من أكثر أهل سوقه ينجر والمعتبر شيوخ الحجر واشتهاره في مقام ذلك مقام الظهور عند الكل كافي تبليغ الرسالة من الرسل عليهم السلام ويبقى العبد ما أدونا الى أن يعلم بالحجر كالوكيل الى أن يعلم بالعرل وهذا لانه يتضرر به حيث يلزمه قضاء الدين من خالص ماله بعد العتق وما رضى به وانما يشترط الشيوخ في الحجر اذا كان الاذن شائعا أما اذا لم يعلم به الا العبد ثم حجر عليه بعد لم منه ينجر لانه لا ضرر فيه قال (ولو مات المولى أو جن أو لحق بدار الحرب مرده ارا المأذون بحجورا عليه) لان الاذن غير لازم وما لا يكون لازما من التصرف يعطى لدوامه حكم الابتداء وهذا هو الاصل فلا بد من قيام أهلية الاذن في حالة البقاء وهي تنعدم بالموت والجنون وكذا باللعوق لانه موت حكما حتى يقسم ماله بين ورثته قال (واذا أبق العبد صار محجورا عليه) وقال الشافعي يبق ما أدونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن فكذا لا ينافي البقاء وصار كالغصب ولنا أن الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه ما أدونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه

(أقول) قد اخل بحق المقام بما زاده فان التشبيه بكسب غير مستترع بشعر يكون التعديل المذكور في الكتاب محتصا بما يقبله العبد من الهبة مع أنه يعم يتعلق دينه بكسبه وتعلقه بما يقبله من الهبة لجر يانه في صورتين معا بلا تفاوت كيف ولو كان مخصوصا بصورة قبول الهبة لبقيت المسئلة الاولى وهي تتعلق دينه بكسبه بلا ذكر دليل عليهم اعم كونها العدة في المقام ولم يعهد مثله من المصنف رحمه الله

(٤٤ - تكمله سابق) اذا لم يكن لازما كان لدوامه حكم ابتدائه فيحتاج الى قيام الاهلية حاله البقاء كالا ابتداء وعلى هذا اذا مات المولى أو جن جنونا مطابقا وقد تقدم في الوكالة تعريفه اذ اخرج بدار الحرب المحجور المأذون لا تنتفاء الاهلية بهذه العوارض حقيقة أو حكما لان الحاق موت حكمي ولهذا يقسم ماله بين ورثته قال (واذا أبق العبد صار محجورا عليه وقال الشافعي رحمه الله يبق ما أدونا لان الاباق لا ينافي ابتداء الاذن) قال المولى اذا أذن لعبده الا بقاء في التجارة وعلم به العبد كان ما أدونا فلا ينافي بقاء أولى ذن البقاء أسهل من الابتداء (وصار كالغصب) فان المولى لو أذن لعبده المصوب الذي يمكن للمالك أخذه بأن يكون له بينة أو يكون الغاصب مقرا صرح وكونه مغصوبا لا ينافي الاذن فكذا كونه أبقا (ولنا أن الاباق حجر دلالة لانه انما يرضى بكونه ما أدونا على وجه يتمكن من تقضية دينه بكسبه)

(قوله ومعناه أنه يأخذ الضريبة التي ضربها عليه في كل شهر بعدما زمته الديون الخ) أقول قوله بعد ناظر الى قوله أن يأخذ قال المصنف (وان بايعه الذي علم بحجره) أقول لفظة ان الوصل (قوله وصار كالغصب فان المولى لو أذن لعبده المغصوب) أقول الاولى أن يقول لو غصب العبد المأذون يبق الاذن على ما كان اذا خلا في جهة الاذن بعد الاباق حتى يحتاج الى دليل

ولم يحقق ذلك من الآتي فلا يكون راضيا به وانما لم يكن مانعا في الابتداء لاننا جعله حجرا دلالة (ولا معتبر بالدلالة عند التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الاتزاع من يد الغاصب متيسر) وان عاذه من الاباق هل يعود الاذن لم يذكره محمد رحمه الله والصحيح انه لا يعود (واستيلاد المأذون لها حجرا عليها) اذ لم يصح بخلافه (وقال زفر رحمه الله ليس بحجرا اعتبارا بالابتداء) فان المولى لو اذن لام ولده حاز فكذا اذا استولدها بعد الاذن وهو القياس واستحسن العلماء رجحهم الله حجرا بالاتفاق لان العادة جرت في الظاهر ان الانسان يحسن أم ولده ولا يردى بخروجها واختلاطها بالاناس في المعاملة والتجارة فيكون حجرا دلالة ولا معتبر بها عند التصريح بخلافه في الابتداء (ويضمن المولى قيمته ان ركبته اديون لا تلافه محلا لعلق به حق الغرماء اذ به يمنع البيع وبه يقضى حقهم) قال (واذا استندت الامة المأذون لها أكثر من قيمتها) (٣٤٦) معناه ظاهر وانما قيد بكونها أكثر لتظهر الفائدة في أن المولى يضمن قيمته اديون

الزيادة عليها وقوله (ولا منافاة بين حكمها) أي حكم الاذن والتدبير لانه بالتدبير يثبت للبدن حق العتق وحق العتق ان كان لا يؤثر في فك الحجر لا يؤثر في الحجر عليه قال (واذا حجرا على المأذون له فاقصراره جائز) اذا حجرا على العبد المأذون له فاقصره في يده من المال لغيره مولا فهو جائز عند أبي حنيفة رحمه الله قال المصنف (ومعناه أن يقصره في يده أنه أمانة لغيره) وانما قسره بذلك لان مطلق الاقرار يفهم منه ما كان مضمونا كالديون والغصب فبين أن المراد به التعميم وقدم الامانة لذلك فيقتضى بما في يده للقره (وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجوز اقراره) لان المصحح لا قراره اما الاذن أو البند ولا شيء منهما يجوز جوده الحجر أما الاذن فلزواله

بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها وبخلاف الغصب لان الاتزاع من يد الغاصب متيسر قال (واذا اودت المأذون لها من مولاها فذلك حجرا عليها) خلافا لفر وهو يعتبر حالة البقاء بالابتداء ولنا أن الظاهر أنه يحسنها بعد الولادة فيكون دلالة الحجر عادة بخلاف الابتداء لان الصريح قاض على الدلالة (ويضمن المولى قيمته ان ركبته اديون) لا تلافه محلا لعلق به حق الغرماء اذ به يمنع البيع وبه يقضى حقهم قال (واذا استندت الامة المأذون لها أكثر من قيمتها فاقصرها المولى فهي مأذون لها على حالها) لان عدم دلالة الحجر اذا العادة ما جرت بنحو من المدبرة ولا منافاة بين حكمها أيضا والمولى ضامن لقيمة المأذون له في أم الولد قال (واذا حجرا على المأذون له فاقصراره جائز قيمته في يده من المال عند أبي حنيفة) ومعناه أن يقصره بما في يده أنه أمانة لغيره أو غصب منه أو يقصره في يده من المال في يده وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا يجوز اقراره لهم ما أن المصحح لا قراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطالها لان يد المحجور غير معتبرة وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره أو ثبت حجرا بالبيع من غيره ولهذا لا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر وله أن المصحح هو اليد

قط (قوله بخلاف ابتداء الاذن لان الدلالة لا معتبر بها عند وجود التصريح بخلافها) أقول لقائل أن يقول اذ لم يكن للدلالة اعتبار عند وجود التصريح بخلافها ينبغي أن لا يصير الا بقى محجورا في البقاء أيضا اذ قد وجد التصريح بالاذن من المولى في الابتداء فكانت دلالة الاباق على الحجر في البقاء مخالفة لذلك التصريح فينبغي أن لا تعتبر \* ثم أقول يمكن أن يجاب بأن وجود التصريح بالاذن في الابتداء لا يقتضي وجوده الى حال الاباق فالمعلوم قطعاً انما هو وجوده في الابتداء وأما وجوده في البقاء فانما يعرف باستصحاب الحال وهو حجة ضعيفة ولذلك تكون دافعة لامتنية فيجوز أن ترجع الدلالة عليها وعن هذا اعتبرت في البقاء دون الابتداء تأمل (قوله لها أن المصحح لا قراره ان كان الاذن فقد زال بالحجر وان كان اليد فالحجر ابطالها لان يد المحجور غير معتبرة) قال صاحب النهاية فان قلت يشكل على هذا ما ذكره في ودبعة المبسوط بقوله عبد استودع رجلا ودبعة ثم غاب لم يكن لمولاه أن يأخذ الودبعة ناجرا كان العبد أو محجورا عليه فلو لم يكن لبدا المحجور اعتبارا لما اشترط حضرته بل جعل ما أودعه بمنزلة ثوب هبت به الريح وألقته في حجر رجل لان فائدة عدم اعتبار اليد هي أن يكون

بالحجر وأما اليد فلا أن الحجر ابطالها لان يد المحجور عليه غير معتبرة شرعا ورد بأننا لا نسلم أن يده غير معتبرة فانه لو استودع ودبعة ثم غاب ليس لمولاه أخذها والمسئلة في المبسوط ولو كانت غير معتبرة كانت الودبعة كئوب ألقته الريح في حجر رجل وكان حضور العبد وغيره سواء وأجيب بأن تأويلها اذ لم يعلم المودع أن الودبعة كسب العبد أما اذا علم ذلك فلمولى أخذها وكذا اذا علم أنه مال المولى ولم يعلم بأنه كسب العبد (قوله وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده قبل اقراره) بيان لا بطلان الحجر يده مسائل متفق عليها فان المولى اذا اتزاع ما بيده لا يسمع اقرار العبد فيه بالاتفاق وكذا اذا باع العبد من غيره وثبت الحجر به لم يصح اقراره ولا يصح اقراره في حق الرقبة بعد الحجر حتى لا تباع رقبة بسبب ذلك الاقرار بالاتفاق (ولابي حنيفة رحمه الله أن المصحح لا قراره هو اليد

قال المصنف (وصار كما اذا أخذ المولى كسبه من يده الخ) أقول مخالف لما سبق في المضاربة

الكلام في الاقرار بما في يده وأما حكما بلان شرط بطلانها بالخرحك فاعرها عن حاجته وحكما فلا تبطل باقراره وكذا ملكه ثابت في رقبته فلا يبطل باقراره من غير رضاه وهذا بخلاف ما اذا باعه لان العبد قد تبدل بتبدل الملك على ما عرفه فلا يبقى ما ثبت بتسليم الملك ولهذا لم يكن خصما فيما يشره قبل البيع

وجودها وعدمها بمنزلة ولم يجعل كذلك فلم يعلم بهذا أن ليده اعتبارا وان كان محجورا والدليل على هذا ما ذكره الامام الاستروشي في ودعية أحكام الصغار في تعليل هذه المسئلة فقال لان العبد أدى له يد حكمية فلا يكون مولاه أن يأخذه من المودع ما لم يحضر العبد قلت تلك المسئلة مؤولة ذكرنا ويلها في الفصل السادس عشر من ودعية الذخيرة فقال وهذا اذا لم يعلم المودع أن الودعية كسب العبد وأما اذا علم أنه كسبه فالمولى حق الاخذ وكذلك اذا لم يعلم أنها كسب العبد ولكن علم أنها مال المولى كان للمولى أن يأخذ الى هنا كلام صاحب النهاية وقد اختلف في أثر صاحب العناية في ذكر هذا السؤال والجواب لكن بعبارة أخرى أخصر من الأولى (أقول) ذلك الجواب لا يمين ولا يغنى من جوع فان تأويل تلك المسئلة بما ذكره كونه مما ياباه قطعاً مذكور الامام الاستروشي في ودعية أحكام الصغار في تعليل تلك المسئلة بما مر في آخر السؤال لا يجدي نفعاً في دفع الاشكال الناشئ من المقدمة القائلة ان يد المحجور غير معتبرة اذ قد تقرر بعد ذلك التأويل أن في صورة أن لا يعلم المودع أن الودعية التي أودعها العبد المحجور كسب ذلك العبد أو مال مولاه ليس للمولى أن يأخذها بل انما يأخذها ذلك العبد فقد تحقق أن يكون للمحجور يد معتبرة في بعض الصور فلم يكن في تلك المقدمة كلفة ومالم يكن فيها كلفة لا يثبت مدعى الامان في مسئلتنا فلا يتم التقريب لا يقال يجوز أن يكون المراد بقوله ما في التعليل لان يد المحجور غير معتبرة أن يده غير معتبرة في شيء من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه وهذا القدر من الكلفة يكفي في اثبات مدعا مما هنا لاننا نقول هذا القدر من الكلفة أيضا غير متحقق لان من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه اقراره بعد الخبر بأن ما في يده أمانة لغيره ففي هذه الصورة اذا لم يعلم أن ما في يده كسبه أو مال مولاه فلا جرم أن تكون يده اذ ذلك معتبرة على مقتضى ما مر في مسئلة المبسوط وتقرر بعد ذلك تأويلها ومن تلك الصور أيضا اقراره بعد الخبر بأن ما في يده غصب من غيره ففي هذه الصورة أيضا اذا لم يعلم أنه كسبه أو مال مولاه تكون يده معتبرة على مقتضى ذلك اذا لم يكن عين المغصوب متغيرا بفعله بأن لم يزل اسمه وعظم منافعه اذ لا يزول عنه حينئذ ملك المغصوب منه كما سيحكي في كتاب الغصب فلا يتصور أن يكون من كسب ذي اليد تدبرتهم (قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك) قال في العناية يعني به الاذن لانه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك اه وعلى هذا المعنى استخراج سائر الشروح أيضا هذا المحل وان اختلفت عباراتهم منها ما ذكره صاحب الغاية فانه قال أي لا يبقى للعبد المأذون بعد بيعه ما ثبت له من الاذن قبل البيع بحكم أنه ملك المولى فلا جرم لم يصح اقراره بما في يده بعد البيع لعدم بقاء الاذن اه (أقول) فيه نظر لان عدم بقاء الاذن مقرر فيما نحن فيه أيضا وهو ما اذا حجج المولى على المأذون له بدون أن يبيعه والمصنف ههنا يصدد الفرق من قبل أبي حنيفة بين ما نحن فيه وبين ما اذا باعه فلو كان مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك هو الاذن لما كان كذلك كره هذه المقدمة عني قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك فائدة أصلا ههنا لعدم اختصاص عدم بقاء الاذن بما اذا باعه دون ما نحن فيه فيلزم أن

ولهذا لا يصح اقراره بما انتزعه المولى من يده) زال المصحح (واليد باقية حقيقة) (٣٤٧)

وجودها وعدمها بمنزلة ولم يجعل كذلك فلم يعلم بهذا أن ليده اعتبارا وان كان محجورا والدليل على هذا ما ذكره الامام الاستروشي في ودعية أحكام الصغار في تعليل هذه المسئلة فقال لان العبد أدى له يد حكمية فلا يكون مولاه أن يأخذه من المودع ما لم يحضر العبد قلت تلك المسئلة مؤولة ذكرنا ويلها في الفصل السادس عشر من ودعية الذخيرة فقال وهذا اذا لم يعلم المودع أن الودعية كسب العبد وأما اذا علم أنه كسبه فالمولى حق الاخذ وكذلك اذا لم يعلم أنها كسب العبد ولكن علم أنها مال المولى كان للمولى أن يأخذ الى هنا كلام صاحب النهاية وقد اختلف في أثر صاحب العناية في ذكر هذا السؤال والجواب لكن بعبارة أخرى أخصر من الأولى (أقول) ذلك الجواب لا يمين ولا يغنى من جوع فان تأويل تلك المسئلة بما ذكره كونه مما ياباه قطعاً مذكور الامام الاستروشي في ودعية أحكام الصغار في تعليل تلك المسئلة بما مر في آخر السؤال لا يجدي نفعاً في دفع الاشكال الناشئ من المقدمة القائلة ان يد المحجور غير معتبرة اذ قد تقرر بعد ذلك التأويل أن في صورة أن لا يعلم المودع أن الودعية التي أودعها العبد المحجور كسب ذلك العبد أو مال مولاه ليس للمولى أن يأخذها بل انما يأخذها ذلك العبد فقد تحقق أن يكون للمحجور يد معتبرة في بعض الصور فلم يكن في تلك المقدمة كلفة ومالم يكن فيها كلفة لا يثبت مدعى الامان في مسئلتنا فلا يتم التقريب لا يقال يجوز أن يكون المراد بقوله ما في التعليل لان يد المحجور غير معتبرة أن يده غير معتبرة في شيء من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه وهذا القدر من الكلفة يكفي في اثبات مدعا مما هنا لاننا نقول هذا القدر من الكلفة أيضا غير متحقق لان من الصور المندرجة تحت مسئلتنا هذه اقراره بعد الخبر بأن ما في يده أمانة لغيره ففي هذه الصورة اذا لم يعلم أن ما في يده كسبه أو مال مولاه فلا جرم أن تكون يده اذ ذلك معتبرة على مقتضى ما مر في مسئلة المبسوط وتقرر بعد ذلك تأويلها ومن تلك الصور أيضا اقراره بعد الخبر بأن ما في يده غصب من غيره ففي هذه الصورة أيضا اذا لم يعلم أنه كسبه أو مال مولاه تكون يده معتبرة على مقتضى ذلك اذا لم يكن عين المغصوب متغيرا بفعله بأن لم يزل اسمه وعظم منافعه اذ لا يزول عنه حينئذ ملك المغصوب منه كما سيحكي في كتاب الغصب فلا يتصور أن يكون من كسب ذي اليد تدبرتهم (قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك) قال في العناية يعني به الاذن لانه ثبت للعبد بحكم أنه ملك المولى وقد زال ذلك الملك اه وعلى هذا المعنى استخراج سائر الشروح أيضا هذا المحل وان اختلفت عباراتهم منها ما ذكره صاحب الغاية فانه قال أي لا يبقى للعبد المأذون بعد بيعه ما ثبت له من الاذن قبل البيع بحكم أنه ملك المولى فلا جرم لم يصح اقراره بما في يده بعد البيع لعدم بقاء الاذن اه (أقول) فيه نظر لان عدم بقاء الاذن مقرر فيما نحن فيه أيضا وهو ما اذا حجج المولى على المأذون له بدون أن يبيعه والمصنف ههنا يصدد الفرق من قبل أبي حنيفة بين ما نحن فيه وبين ما اذا باعه فلو كان مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك هو الاذن لما كان كذلك كره هذه المقدمة عني قوله فلا يبقى ما ثبت بحكم الملك فائدة أصلا ههنا لعدم اختصاص عدم بقاء الاذن بما اذا باعه دون ما نحن فيه فيلزم أن

وقوله (ولهذا لم يكن خصما) توضيح لتبديل العبد فان العبد اذا باشر شيئا قبل البيع لم يكن خصما فيه بالتسليم والتسليم والردي عيب وغيره بعده كعبد آخر لم يباشره ولو لا تبديله لكان خصما له صدور المباشرة عنه حقيقة



قال (واذ الزئمة ديون) اذ الزئمة ديون فلا يخلو اما ان تحيط بجماله ورقبته أو لا تحيط بشئ من ذلك أو أحاطت بجماله دون رقبته فالاول كما اذا  
أذن للعبد فاشتري عديساوى ألفا والمأذون أيضاى ألفا وعليه ألفا درهم والثاني أن يكون عليه خمسمائة درهم والثالث أن  
يكون عليه ألف درهم ففي الاول لم يملك المرئى ما فى يده (ولو أعتق عبدا من كسبه لم يعتق عن ذى أبى حنيفة رحمه الله وقال لا يملك ما فى يده  
ويعتق وعليه قيمته لان نسب الملك فى كسبه وهو ملا الرقبة فوجد) فان ملك الاصل عدل لملك الذرع (ولهذا يملك اعاقها) يعنى الرقبة  
(ووطء الامة المأذون لها وهذا) أى المذ كريمة ملك لا اعتاق وحل لوطء (آية كما ملك الرقبة) فكان سبب الملك فى الكسب موحودا على  
الكامل فملكه وينفذ فيه اعاقته فانه قبل سلبنا ذلك لكن المانع متحقق وهو احاطة لدين فانه امتنع عن ذلك كما فى التركة اذا استغرقتها  
الديون فانه امتنع اعاق الوارث (١٤٦) أجاب بقوله (بمخلاف الوارث لانه يثبت الملك له نظرا للورث) بايصال ماله الى اقرب الناس

قال (واذا لزمته ديور تحيط بماله ورقبته مملك المولى مافي يده ولو أعتق من كسبه عبد الم يعق  
عند أبي حنيفة وقال مالك مافي يده ويعتق وعليه قيمته ) لانه وجد سبب الملك في كسبه وهو ملك  
رقبته ولهذا عاك اعتاقها ووطء الجارية الماذون لها وهذا آية كماله بخلاف الوارث لانه ثبت الملاء له  
نظر المورث والنظر في عنده عند احاطة الدين بتركته أما ملك المولى فثبت نظر العبد وله أن ملك  
المولى انما ثبت خلافه عن العبد عند فراغه عن حاجته كملك الوارث على ما قررناه والمحيط به الدين  
مشغول بها فلا يخلفه فيه واذا عرف ثبوت الملك وعدمه فالعق فريسته واذا نفذ عدهم اضمن قيمته  
للغرماء لتعلق ذمتهم به قال (وان لم يكن الدين محيطا بماله جاز عققه في قولهم جميعا) أما عند غما  
فظاهر وكذا عندده لانه لا يعرى عن قايه له فله وجوب لمانعنا لان سد باب الانتفاع بكسبه فيختل ما هو  
المقصود من الاذن ولهذا لا يمنع ملك الوارث والمستغرق عنه

يكون قوله المذكور لغوا من الكلام ولا ينبغي ذلك للمثل المصنف والوجه عندي أن يكون مراده بما ثبت بحكم الملك في قوله المذكور يريد الحكمية كما هو المناسب لقوله فيما قبل واليد بآقية حقيقة وشرط بطلانها بالخروج حكمها فراغا عن حاجته ولما كان تبدل الملك فيما إذا باعه بمنزلة تبدل الذات لم يبق ما ثبت بحكم الملك الاول من بده الحكمية بخلاف ما نحن فيه فان اليد فيه باقية حقيقة وحكما ما لم يفرع عن حاجته وعلى هذا المعنى تظهر فائدة هاتيك المقدمة جدا فتأمل وكن الخاكم الفصل ( قوله وإذا زمته ديون تحيط بماله ورقبته الخ ) قال في العناية اذا زمته ديون فلا يخلو اما أن تحيط بماله ورقبته أولا تحيط بشئ من ذلك أو أحاطت بماله دون رقبته فالاول كما اذا أذن للعبد فاشترى عبدا يساوي ألفا والمأذون أيضا يساوي ألفا وعليه ألفا درهم والثاني أن يكون عليه خمسمائة درهم والثالث أن يكون عليه ألف درهم اهـ ( أقول ) لقائل أن يقول هذه القسمة ليست بحاصرة اذ هنا احتمال قسم رابع وهو أن تحيط برقبته دون ماله على عكس القسم الثالث والجواب أنه قد تقرر فيما مر أنه يبدأ بكسب المأذون المدينون في الاستيفاء وعند انعدام كسبه يستوفى من رقبته فعلم منه أن تعلق الدين بكسبه كان مقدما على تعلقه برقبته فلم يتصور في الشرع أن تحيط ديونه برقبته دون ماله الذي هو كسبه فكانت الاقسام التي يمكن تحقيقها في الشرع منحصرة في الثلاثة فيما اذا زمته ديون وله ذالم يلتفت الى قسم آخر هو احتمال عقلي محض لا يتحقق له في الشرع ( قوله وان لم يكن الدين محيطا بماله جازعته في قولهم جميعا ) الظاهر أن مراده اذا لم يكن الدين محيطا بماله ورقبته جازعته في قولهم

(قوله فان قيل سلنا ذلك لئكن المانع متحقق) أقول يعني المانع عن ثبوت الملك

قال (واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز) اذا باع العبد المدين الذي لزمته ديون من المولى شيئا بمثل قيمته جاز (لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين) ويعلم منه انه اذا لم يكن عليه دين لا يجوز لانه ليس بأجنبي (واذا باع منه بنقصان لم يجوز مطلقا) أى سواء كان كثيرا أو قليلا (لانه متهم في حق مولاه) عليه اليه عادة بخلاف ما اذا باع من الاجنبي بذلك فانه يجوز مطلقا لانه لا تهمة فيه فان قيل التهمة فيه قد تكون موجودة أجيب بأنه موهوم حيث انه لم ينشأ عن دليل (قوله بخلاف ما اذا باع المريض) مروى بالواو وبغيره قال في النهاية وهذا الخلاف متعلق بأول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف وليس بصحيح لانه معطوف بلام معطوف عليه بل الماسد لذلك عدم الواو وقال ويوزن أن يكون بدون الواو فيتعلق (٣٤٩) بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف

ما اذا باع الاجنبي أى أنه يجوز في كل حال أعني اذا كانت المحابة بسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة ويبيع المريض من وارثه لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله في كل حال من هذه الاحوال وهذا أوجه ولكن النسخة بالواو تأباه قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم من قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي جواز المحابة معه مطلقا ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالا عليه حتى يحتاج الى الجواب والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا بأول المسئلة وفي كلامه تعقيد وتقرير كلامه هكذا وان باع من المولى شيئا بمثل القيمة جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين

قال (واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز) لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين بحيث يكسبه (وان باعه بنقصان لم يجوز مطلقا) لانه متهم في حقه بخلاف ما اذا باع الاجنبي عند أبي حنيفة لانه لا تهمة فيه

جميعا كما صرح به في الكافي وسائر الكتب المعتمدة الا انه اكتفى بذكر قوله بماله ولم يذكر ورقبته بناء على ما ذكرناه آنفا من ان تعلق الديون بكسبه مقدم على تعلقها برقبته واذا لم تحيط الديون بماله يتعين عدم احاطتها برقبته فلم يحتج الى ذكر الثاني بعد ذلك الاول وما وقع في عامة الكتب من قبيل التصريح بما علم التزام الجرد الاحتياط ثم اعلم ان هذا الذي ذكره المصنف هنا هو حكم القسم الثاني من الاقسام الثلاثة المار ذكرها في التقسيم الذي نقلناه عن العناية فيما قبل وكم القسم الاول منها ما ذكر في الكتاب من قبل بقوله واذا لزمته ديون تحيط بماله ورقبته لم يملك المولى ما في يده ولا اعتق من كسبه عبيدا لم يعتق عند أبي حنيفة وقال لا يملك ما في يده ويعتق وعليه قيمته وأما حكم القسم الثالث منها فلم يذكر في الكتاب قط وعن هذا قال صاحب العناية وأما الثالث فلم يذكر في الكتاب ونقل بعض الشارحين عن يروع الجامع الصغیر ان العتق فيه جائز اهـ وأراد ببعض الشارحين صاحب غاية البيان فانه قال قال في يروع الجامع الصغیر محمد بن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل أذن لعبده في التجارة فاشترى عبدًا يساوي ألفا وهو يساوي ألفا وعلى الاول ألف درهم دينًا فاعتق المولى العبد المشتري فعتقه جائز وان كان الدين ألفي درهم مثل قيمته لم يجز عتقه وقال أبو يوسف ومحمد عتقه جائز في الوجهين جميعا اهـ (أقول) في جواز عتقه عند أبي حنيفة في الوجه الاول من هذين الوجهين المذكورين في يروع الجامع الصغیر وهو القسم الثالث من الاقسام المار ذكرها اشكال على مقتضى دليله المذكور في الكتاب لا ثبات مذهبه في القسم الخلاف في الذي ذكر في الكتاب أو لا وفي الجامع الصغیر ثانيا فان حاصل ذلك الدليل أن ملاء المولى أعيا يثبت خلافه عن العبد عند فراغه عن حاجته والمال الذي أحاط به الدين مشغول بحاجته فلا يخلفه فيه فلا يثبت فيه الملك واذا لم يثبت فيه الملك لم يجز اعتاقه ولا ينبغي أن جميع مقدمات ذلك الدليل جارية بعينها فيما اذا أحاطت الديون بكسبه دون رقبته فينبغي أن لا يجوز اعتاقه فيه أيضا (قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز لانه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين) أقول في هذا التعليل شيء وهو أن الظاهر أن جواب هذه المسئلة متفق أصحنا كما يدل عليه عدم ذكر الخلاف في الكتاب وقد صرح به في غاية البيان حيث قال اعلم أن العبد المأذون المدين اذا باع من مولاه شيئا بمثل قيمته جاز باتفاق أصحنا جميعا اهـ وكونه كالاجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين غير ظاهر على أصل أبي يوسف ومحمد إذ قد مر في المسئلة الاولى أنهم ما قالوا

(قوله وليس بصحيح لانه معطوف بلام معطوف عليه

الح) أقول فيه بحث فانه معطوف على قوله بخلاف ما اذا باع الاجنبي الخ يعني أن مسئلة القدوري ملتبسة بخلاف هذا باعتبار جزئها الثاني وبخلاف بيع المريض باعتبار جزئها الاول (قوله أو كان البيع بمثل القيمة) أقول يفهم هذا بطريق الدلالة (قوله قلت ذلك أوجه من حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لان المفهوم الخ) أقول ويفهم منه جواز بيعه للأجنبي بمثل قيمته مدلالة كالاجنبي (قوله ولا يرد بيع المريض من وارثه الخ) أقول بل يرد بان يقال اذا باع بيع المأذون من الاجنبي بالهبة ينجى أن يجوز بيع المريض من وارثه بما وبدونها أيضا فاجاب بقوله بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز فكيف بالمحابة (قوله والظاهر عدم الواو الى قوله وفي كلامه تعقيد) أقول فيه بحث

بمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه أى عين مال الميت حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء فمعلق بالمالية لا غير فافترقا أى المولى والمريض فى جواز البيع من المولى بمثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الخ وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء أزال المحاباة بايصال الثمن الى تمام القيمة وان شاء نقض البيع وتخصيصهما بهما هذا الحكم اختيار من المصنف لقول بعض المشايخ قيل والصحيح أنه قول الكل لان المولى بسبيل من تخلص كسبه لنفسه بالقيمة بدون البيع فلا أن يكون له ذلك بالبيع أولى فصار العبد فى تصرفه مع مولاه كالمرضى المديون فى تصرفه مع الأجنبى (قوله وعلى المذهبين) أى مذهب أبى حنيفة ومذهب صاحبيه اعتراض بين الحكم والدليل لبيان تساوى المحاباة (٣٥٠) بالسيرة والكثير فان على مذهب أبى حنيفة رضى الله عنه اذا باع من مولاه بنقصان

وبمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه حتى كان لأحدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء فمعلق بالمالية لا غير فافترقا وقال أبو يوسف ومحمد ان باعه بنقصان يجوز البيع ويخير المولى ان شاء أزال المحاباة وان شاء نقض البيع وعلى المذهبين السيرة من المحاباة والفاش سواء ووجه ذلك أن الامتناع يدفع الضرر عن الغرماء ووجه ما يدفع الضرر عنهم وهذا بخلاف البيع من الأجنبى بالمحابة البسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بأزالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع بالسيرة منهم ما متردد بين التبرع والبيع لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا فى البيع مع المولى للتممة غير تبرع فى حق الأجنبى لانعدامها وبمخلاف ما اذا باع من الأجنبى بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز أصلا عندهما ومن المولى يجوز ولا يؤمر بأزالة المحاباة لان المحاباة لا تجوز من العبد المأذون على أصلهما الا باذن المولى ولا إذن فى البيع مع الأجنبى وهو اذن بمباشرة بنفسه غير أن ازالة المحاباة لحق الغرماء وهذا للفرقان على أصلهما

يسيرا وكثير لا يجوز فلا يخير وعلى مذهبهما يجوز ولكن يخير المولى (وجه ذلك) أى وجه الجواز مع التخيير (أن الامتناع) عن البيع بالنقصان (الدفع الضرر عن الغرماء ووجه ما يدفع الضرر عنهم وهذا) أى الذى ذكرناه من الجواز والتخيير (بمخلاف البيع من الأجنبى بالمحابة البسيرة حيث يجوز ولا يؤمر بأزالة المحاباة والمولى يؤمر به لان البيع بالسيرة منهما) أى من المولى والأجنبى متردد بين التبرع والبيع أم التبرع فالتوا للبيع عن الثمن فى قدر المحاباة وأما البيع (لدخوله تحت تقويم المقومين فاعتبرناه تبرعا فى البيع مع المولى للتممة غير تبرع فى حق الأجنبى لانعدامها وبمخلاف ما اذا باع

المولى يملك ما فى يد العبد المأذون ولو أحاطت دينه بماله ورقبته ولهذا أو اعنى من كسبه عبدا يعنى عندهما فكيف يتم القول بأن المولى كالأجنبى عن كسبه اذا كان عليه دين على أصلهما حتى يتمشى التعليل المذكور على قولهم جميعا فليست أملى فى التوجيه (قوله وبمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده) قال صاحب النهاية وهذا الخلاف متعلق بأول المسئلة وهو قوله واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز هذا على تقدير أو اوفى قوله وبمخلاف اه ورد عليه صاحب العناية حيث قال بعد نقل ذلك عنه وليس صحيح لانه معطوف بلام معطوف عليه بل المناسب لذلك عدم الواو اه (أقول) بل قوله لانه معطوف بلام معطوف عليه ليس صحيح فانه معطوف حينئذ على قوله وبمخلاف ما اذا باع الأجنبى عند أى حنيفة رحمه الله على أن يكون معنى الكلام وهاتان المسئلتان أعنى قول القدورى واذا باع من المولى شيئا بمثل قيمته جاز وقوله وان باعه بنقصان لم يجز ملا يستبان بمخلاف ما اذا باع الأجنبى وبمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لكن على التوزيع بطريق الآف والنشر الغير المترتب أى المسئلة الثانية ملايسة بمخلاف ما اذا باع الأجنبى والمسئلة الاولى ملايسة بمخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لأن كلنا المسئلتين ملايستبان بكلتا الخلافين فاذن

من الأجنبى بالكثير من المحاباة حيث لا يجوز عندهما أصلا لان المحاباة من العبد المأذون لا تجوز على أصلهما يتحقق الا باذن المولى ولا إذن منه فى البيع مع الأجنبى وهو اذن بمباشرة بنفسه غير أن فيه ضررا بالغرماء فبإزالة المحاباة وهذا للفرقان بلفظ التثنية وفى بعض النسخ وهذا الفرقان قال فى النهاية ولكن الاول أصح لوجود هذين الفرقين على قولهما وكونه مثبتا فى النسخ الصحيحة والمراد بالفرق بين المولى والأجنبى فى حق المحاباة البسيرة حيث يؤمر المولى بالتهادون الأجنبى والفرق بينهما فى الكثيرة حيث لا تجوز عندهما مع الأجنبى أصلا وتجوز مع المولى ويؤمر بالارالة وأما أبو حنيفة رحمه الله على رواية هذا الكتاب فليس يحتاج الى ذلك لانه لا يجوز فى البيع مع المولى شيئا من المحاباة وانما يحتاج الى الفرق بين المولى والأجنبى فى جواز البيع مع الأجنبى مطلقا ومع المولى بمثل القيمة وقد ذكرناه فى صدر الكلام

(قوله فافترقا أى المولى والمريض) أقول الظاهر أن يقال أى العبد والمريض

قال ( وان باعه المولى شيئا ) كلامه ظاهر الى قوله فان سلم المبيع اليه أى العبد قبل قبض الثمن بطل الثمن وتقرر بدليله لان حق المولى ثابت في العين من حيث الحبس لعدم تعلق حقه بمالية العين بعد البيع والثابت في العين من حيث الحبس سقط بالتسليم فحق المولى سقط به فلو فرض بقاء حقه بعد سقوطه لكان ذلك في الدين لكونه في مقابلة العين والمولى لا يستوجب حقه على عبده حتى لو أنلف شيئا من ماله لم يضمن بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا فان المولى يستوجب حقه وهو أحق به من الغرماء لانه يملكه بعينه بالعقد ويجوز أن يكون عين ملكه في يد غيره كالأودع عند عبده شيئا أو غصبه منه ( وان أمسك المولى المبيع في يده حتى يستوفي الثمن جازله لانه بائع والبائع حق الحبس في المبيع ولهذا كان هو أخص به من الغرماء ) فان قيل فعلى هذا التقدير استوجب ديننا في ذمة العبد حتى حبس المبيع لاجله وهو لا يستوجب حقه على ما قلتم آنفا أجاب بقوله ( وجزا أن يكون ( ٣٥١ ) للمولى حق في الدين اذا تعلق بالعين )

يعنى يجوز أن يستوجب على عبده ديننا اذا كان ذلك الدين متعلقا بالعين كالمكاتب فان المولى استوجب عليه بدل الكتابة وهو دين لما تعلق برقبته وهذا لان البيع قبل التسليم يزيل العين عن ملك البائع ولا يزيل يده ما لم يستوف الثمن فاذا كانت اليد باقية تعلق حقه بالعين من حيث هي وبالدين من حيث تعلقه بالعين ( ولو باعه بأكثر من قيمته جاز لكنه يخير بين ازالة الحباية ونقض البيع كما ينسأ في جانب العبد ) سواء كانت يسيرة أو كثيرة ( لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء ) قال في النهاية هذا على اختيار صاحب المبسوط وأما على

قال ( وان باعه المولى شيئا بمثل القيمة أو أقل جازا لبيع ) لان المولى أجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين على ما بيناه ولا تهمة في هذا البيع ولانه مفيد فانه يدخل في كسب العبد ما لم يكن فيه ويتمكن المولى من أخذ الثمن بعد أن لم يكن له هذا التمكن وصحة التصرف تتبع الفائدة ( فان سلم المبيع اليه قبل قبض الثمن بطل الثمن ) لان حق المولى في العين من حيث الحبس فلو بقي بعد سقوطه يبق في الدين ولا يستوجب حقه المولى على عبده بخلاف ما اذا كان الثمن عرضا لانه تعين وجزا أن يبق حقه متعلقا بالعين قال ( وان أمسكه في يده حتى يستوفي الثمن جاز ) لان البائع له حق الحبس في المبيع ولهذا كان أخص به من الغرماء وجزا أن يكون للمولى حق في الدين اذا كان متعلق بالعين ( ولو باعه بأكثر من قيمته يؤمر بإزالة الحباية أو بنقض البيع ) كما بينا في جانب العبد لان الزيادة تعلق بها حق الغرماء قال ( واذا أعتق المولى المأذون وعليه ديون فعتقه جاز ) لان ملكه فيه باق والمولى ضامن لقيمته للغرماء لانه أنلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه ( وما بقى من الديون يطالب به بعد العتق ) لان الدين في ذمته وما لزم المولى الا بقدر ما أنلف ضمنا فبقي الباقي عليه كما كان ( فان كان أقل من قيمته ضمن الدين لا غير ) لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا أعتق المدبر وأمر المأذون لهما وقد ركبتهما ديون لان حق الغرماء لم يتعلق برقبتهما استيفاء بالبيع فلم يكن المولى متلفا حقهم فلم ينضم شيئا

يتحقق المعطوف عليه ويصح المعنى كما لا يخفى ثم ان في تصحيح العطف على تقدير الواو توجيه آخر أشار اليه صاحب معراج الدراية حيث قال قوله وبخلاف ما اذا باع المريض متعلق بأول المسئلة ومعطوف على قوله وان باعه بنقصان لم يجز من حيث المعنى تقدير الكلام وان باع من المولى بمثل قيمته جاز بخلاف ما اذا باع بالنقصان حيث لم يجز وبخلاف ما اذا باع المريض هذا على تقدير الواو في قوله وبخلاف اهـ والجب أن صاحب العناية وان لم يطلع على ما ذكرناه أولا من التوجيه الوجهية إلا أن الظاهر أنه قد رأى توجيه صاحب معراج الدراية ومع ذلك جزم بأنه معطوف بلام معطوف عليه بدون أن يبين الفساد في توجيه صاحب معراج الدراية نعم في توجيهه عمل لا يخفى ولكن لا يخفى أيضا أنه ليس بأبعد وأقبح مما اختاره صاحب العناية نفسه حيث قال والظاهر عدم الواو بجعله متعلقا بأول المسئلة وفي كلامه تعقيد الى آخر ما ذكره كما سيأتي نقله وبيان حاله وقال صاحب النهاية بعد كلامه

رواية صاحب الكتاب وهو رواية مبسوط شيخ الاسلام رحمه الله فان هذا البيع لا يجوز عند أبي حنيفة رحمه الله أصلا بما ذكر في جانب العبد قال ( واذا أعتق المولى ) عبده ( المأذون ) له ( وعليه ديون ) لزمته بسبب التجارة أو الغصب أو بخود الوديعة أو اتلاف المال ( فاعتاقه جاز لبقاء ملكه فيه وهو ضامن للغرماء قيمته ) بالغلة ما بلغت اذا كأل الدين مثلاً أو أكثر منها علم بالدين أو لم يعلم به ( لانه أنلف ما تعلق به حقهم بيعا واستيفاء من ثمنه ) وضمن الاتلاف لا يختلف بالعلم وعدمه ولا يوجب أن يضمن مقدار ما أنلفه ( فبقي الباقي عليه كما كان ) ويطالب به بعد العتق ( فان كان الدين أقل من قيمته ضمن الدين لا غير لان حقهم بقدره بخلاف ما اذا أعتق المدبر ) على ما ذكره وهو واضح

( قوله وأما على رواية صاحب الكتاب ) أقول يعني القدوري



السابق ويجوز أن يكون بدون الواو فيعلق بحكم قوله المتصل به وهو قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي  
 أى أنه يجوز في كل حال أعني إذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل القيمة وبيع المريض  
 من وارثه لا يجوز عند أبي حنيفة في كل حال من هذه الأحوال وهذا الوجه ولكن النسخة بالواو تأبأ  
 اه كلامه ورد عليه صاحب العناية كلامه هذا أيضاً حيث قال بعد نقله أيضاً عنه قلت ذلك أوجه من  
 حيث اللفظ بالقرب دون المعنى لأن المفهوم من قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي جواز المحاباة معه  
 مطلقاً ولا يرد بيع المريض من وارثه بمثل القيمة اشكالاً عليه حتى يحتاج إلى الجواب اه (أقول) ليس  
 هذا أيضاً وارداً لأنه كما يفهم من قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي جواز المحاباة معه مطلقاً كذلك يفهم  
 منه جواز بيعه منه بمثل القيمة غير أن الأول مفهوم بالعبارة والثاني مفهوم بالدلالة لأنه إذا جازت المحاباة  
 معه فلا يجوز البيع منه بمثل القيمة أولى كما لا يخفى وعن هذا قال صاحب العناية في تفسير قوله بخلاف  
 ما إذا حابى الأجنبي أى أنه يجوز في كل حال أعني إذا كانت المحاباة يسيرة أو فاحشة أو كان البيع بمثل  
 القيمة فإذا انجذبت المطالبة بالفرق بين بيع العبد من الأجنبي وبين بيع المريض من الوارث حيث  
 جاز الأول دون الثاني مع أن في كل منهما تعلق حق الغير بالمبيع فاحتاج إلى الجواب عنها بقوله بخلاف  
 ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته حيث لا يجوز عنده لأن حق بقية الورثة تعلق بعينه يعني أنه  
 لا يجوز عنده بيع المريض من الوارث بمثل قيمة المبيع بناء على تعلق حق الغير بعينه فكيف يجوز بيعه  
 منه بالمحابة وقد سلك ههنا أيضاً مسلك الدلالة فلا محذور في ترك الواو من حيث المعنى على تقدير أن يجعل  
 قوله المذكور متعلقاً بحكم قوله المتصل به وقال تاج الشريعة قلت ينبغي أن يأتي بالمسئلة بلا وأولاً  
 مسألة موروثة نقضاً على مسألة الكتاب دون قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي لأنه لبيان الفرق بين  
 ما إذا باعه من المولى بنقصان لم يجز ومع الأجنبي جاز وانما أدخل الواو فيه لتسليط توهم أنه نقض على  
 بيع المريض من الأجنبي بالمحابة فأدخل الواو لدفع هذا الوهم اه (أقول) ليس هذا بسديد أما أولاً  
 فلا أن قوله لأنه أول مسألة موروثة نقضاً على مسألة الكتاب دون قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي لأنه  
 لبيان الفرق بين ما إذا باعه من المولى بنقصان لم يجز ومع الأجنبي جاز كلام خال عن التحصيل لأن مسألة  
 الكتاب ههنا اثنتان أولاً ما قوله وإذا باع من المولى شيئاً بمثل قيمته جاز وأخراً ما قوله وإن باعه  
 بنقصان لم يجز فكأن قوله بخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لدفع توهم انتقاض المسئلة  
 الأولى بمسئلة بيع المريض من الوارث بمثل القيمة كذلك قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي لدفع توهم  
 انتقاض المسئلة الأخرى بمسئلة محاباة المأذون مع الأجنبي وكما أن قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي  
 لبيان الفرق بين ما إذا باع المأذون من موله شيئاً بنقصان وبين ما إذا باعه من الأجنبي بنقصان كذلك  
 قوله وبخلاف ما إذا باع المريض من الوارث بمثل قيمته لبيان الفرق بين ما إذا باع المأذون من موله شيئاً  
 بمثل قيمته وبين ما إذا باعه المريض من وارثه بمثل قيمته فإن أراد تاج الشريعة بقوله المذكور أن الأولى  
 من المسئلتين المزبورتين مسألة الكتاب أى مختصر القدوري وأن الأخرى منهما ليس بصحيح إذ كلتا هما  
 مسئلتان منذ كورتان معاً في مختصر القدوري وإن أراد بذلك أنهما وإن كانتا معاً مسئلتا الكتاب إلا  
 أن قوله وبخلاف ما إذا باع المريض الخ لدفع توهم الانتقاض دون قوله بخلاف ما إذا حابى الأجنبي  
 فإنه لبيان الفرق فليس بصحيح أيضاً لأن دفع توهم الانتقاض انما يكون ببيان الفرق فقصد أحدهما  
 يستلزم قصد الآخر على أنه لا تأثير لهذا المعنى في إثبات المسئلة بلا وأولاً كما لا يخفى على الفطن فلا يثبت  
 مدعاؤه وإن أراد به أن قوله وبخلاف ما إذا باع المريض متعلق بأولى مسئلتى الكتاب وقوله وبخلاف ما إذا  
 حابى الأجنبي متعلق بأخراًهما فلا معنى للواو فيما يتعلق بالأولى قلنا قد تقررت في علم الأدب أن الواو  
 مطلق الجمع لا ترتيب فيها فخذوها لا يقتضى التأخر لافي الوقوع ولا في التعلق فلا محذور في إثبات الواو

قال (وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه) معناه باعه بئس لا يبي بدونهم بدون اذن الغرماء والدين حال (فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاءوا ضمنوا المشتري لان حقهم تعلق بالعبد حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضى المولى دينهم) وقد اتلفاه اما البائع فبالبيع والتسليم واما المشتري فبالقبض والتغيب فيخير الغرماء في التضمن وانما لم يكف بمجرد البيع والشراء لانهم لا يضمنان بمجردهما بل بتغيب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستعونه او يبيعونه كما يريدون وذلك انما يفوت بالتسليم والتغيب لا بمجرد البيع والشراء (وان شاءوا اجازوا البيع واخذوا الثمن لان الحق لهم (٣٥٣) فلهما الاجازة لان الاجازة للاحققة

قال (وان باعه المولى وعليه دين يحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه) فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاءوا ضمنوا المشتري لان العبد تعلق به حقهم حتى كان لهم ان يبيعوه الا ان يقضى المولى دينهم والبائع متلف حقهم بالبيع والتسليم والمشتري بالقبض والتغيب يخسرون في التضمن (وان شاءوا اجازوا البيع واخذوا الثمن) لان الحق لهم والاجازة للاحققة كالاذن السابق كافي المرهون (فان ضمنوا البائع قيمته ثم رد على المولى بغير للمولى ان يرجع بالقيمة ويكرن حق الغرماء في العبد) لان سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالعاصب اذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له ان يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا

ههنا أصلاً وأما تأنيقاً لانه قوله وانما أدخل الواو فيه لثلاثتهم أنه نقض على بيع المريض من الأجنبي بالحاجة فدخل الواو لدفع هذا الوهم ليس بنام أيضاً لانه اذا كان الواو فيه للعطف كما والظاهر المتبادر فان كان المحل صالحاً للعطف فما معنى قوله من قبل ينبغي أن يأتي بالمسئلة بلا واو لانه أول مسئلة مودة نقضا على مسئلة الكتاب وان لم يكن صالحاً فكيف يصح ادخال الواو والعطف فيما لا يصلح للعطف مجرد دفع توهم شيء وان لم يكن الواو للعطف فن أين يدفع ذلك التوهم وقال صاحب العناية والظاهر عدم الواو بجعله متعلقاً بأول المسئلة وفي كلامه تعقيد وتقدير كلامه هكذا وان باع من المولى شيئاً بثل القيمة جاز لانه كالأجنبي عن كسبه اذا كان عليه دين بخلاف ما اذا باع المريض من الوارث بثل قيمته حيث لا يجوز عنده لان حق بقية الورثة تعلق بعينه أي عين مال الميت حتى كان لا أحدهم الاستخلاص بأداء قيمته أما حق الغرماء فبقي بالمالية لا غير فافترق أي المولى والمريض في جواز البيع من المولى بثل القيمة دون الوارث ثم بعد ذلك يذكر قوله وان باع بنقصان لم يجز الخ اه كلامه (أقول) لا ينبغي على ذي فطرة سليمة أن جعل الظاهر ههنا عدم الواو وبناء على حل كلام المصنف على مثل هذا التعقيد الفهيم عدول عن سنن الصواب وخروج عن دائرة الانصاف ولعل هذا أقبح الاحتمالات المذكورة في حل هذا المحل ثم ان في تقريره خلافاً آخر فانه قال في تفسير قول المصنف فافترق أي المولى والمريض وكان الصواب أن يقول أي العبد والمريض كما لا ينبغي على التأمل والمجيب أنه قال بعد ذلك في جواز البيع من المولى بثل القيمة دون الوارث فيقول المعنى على هذا الى أن يقال في جواز بيع المولى من المولى دون جواز بيع المريض من الوارث ولا ينبغي ما فيه (قوله وان باعه المولى وعليه ديون تحيط برقبته وقبضه المشتري وغيبه) فان شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وان شاءوا ضمنوا المشتري (قال الشراح انما قيد بسبب ضمان كل واحد من البائع والمشتري بما ذكر من التسليم والتغيب ولم يكف بمجرد البيع والشراء لانهم لا يضمنان بمجردهما بل بتغيب ما فيه حق الغرماء وهو العبد لانهم يستعونه أو يبيعونه كما يريدون وذلك انما يفوت بالتسليم والتغيب لا بمجرد البيع والشراء اه (أقول) لقائل أن يقول فاذن ينبغي أن يكون الضمان

(٤٥ - تكمله سابع) العبد والمولى قد دفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصي اذا باع التركة بغير اذن الغرماء وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستعانة وقد فاق بالبيع وحق الغرماء منحصر في بيع التركة فافترقا

(قوله لانهم يستعونه الخ) أقول وعلى هذا في التعليل الذي ذكره المصنف قصور (قوله فاذا ضمنوا) أقول فيه تأمل (قوله) وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر الخ) أقول قد علم هذا الجواب مما سبق في آخر الحيفة لسابقة وتارة لانه ان غرق مع الوصي

قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين) إذا قال المولى هذا العبد الذي أبععه مديون يريد به سقوط خيار المشتري في الرد بعيب الدين ليكون البيع بينهما لازماً فذلك لا يوجب لزوم في حق الغرماء (فلهم أن يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته) به وكلمة به محذوفة من المتن (وفي كل منهما فائدة فالأول) يعني الاستسعاء (تام مؤخر والثاني ناقص) أن لم يف بديونهم (مجمل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه قال المشايخ تأويله إذا لم يصل اليهم الثمن فإن وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لو وصل حقهم اليهم) (٣٥٤) قيل في عبارته تسامح لأن وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم

قال (ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين فللغرماء أن يردوا البيع) لتعلق حقهم وهو حق الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد منهما فائدة فالأول تام مؤخر والثاني ناقص ومجمل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه قالوا تأويله إذا لم يصل اليهم الثمن فإن وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لو وصل حقهم اليهم

في هذه المسئلة على المشتري فقط فإن تغيب العبد الذي فيه حق الغرماء انما وقع منه دون البائع ولو لا التغيب لا يمكن لهم أن يردوا البيع فيستسعون العبد أو يبعونه فلا ضمان حينئذ على أحد كما سيجيء في المسئلة الآتية فإن قلت تغيب ذلك العبد وان وقع من المشتري دون البائع الآن في البائع أيضاً سببية له إذ لو لا بيعه وتسليمه لما غيبه المشتري قلت نعم الآن سببية ذلك بعينه وقد تقرر عندهم ومرة مراراً أن الحكم يضاف إلى أقرب الأسباب فتأمل ثم إن صاحب العناية قال ولكن بقي شيء وهو أن حقهم كان في بيع العبد والمولى قد دفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان كالوصى إذا باع التركة بغير إذن الغرماء وأجيب عن ذلك بأن حقهم لم ينحصر في البيع بل لهم الاستسعاء وقد فوات بالبيع وحق الغرماء منحصر في بيع التركة فافترقا اه كلامه (أقول) لا يتجه السؤال المذكور على مسئلتنا هذه أصلاً لأن وضعها فيما إذا كان ثمن العبد أقل من قيمته وأما إذا كان ثمنه أكثر من قيمته أو مساوياً لها فلا يثبت للغرماء الخيار بين الأشياء الثلاثة المذكورة في هذه المسئلة بل يتعين لهم إذا ذلك إجازة البيع وأخذ الثمن لعدم الفائدة في التضمن وقد صرح بذلك كثير من التفات منهم تاج الشريعة حيث قال وهذا الخيار إذا كان الثمن أقل من القيمة أما إذا كان أكثر أو مساوياً فلا خيار لهم اه ومنهم صاحب الغاية حيث قال بعد ذلك كتمام المسئلة وبيان أنه لفظ محمدي في الجامع الصغير هذا إذا باعه بأقل من قيمته فأما إذا باعه بقيته أو بأكثر من قيمته وقبض وهو في يده فلا فائدة في التضمن ولكن يدفع الثمن اليهم اه فإذا كانت مسئلتنا هذه فيما إذا كان ثمن العبد الذي باعه المولى به أقل من قيمته لم يتجه أن يقال إن حقهم كان في بيع العبد والمولى قد دفع عنهم المؤنة فلا يجب عليه الضمان لأن حقهم كان في بيع العبد بقيته والمولى قد باعه بأقل منها فقد قصر وتعدى فوجب عليه الضمان قطعاً \* ثم أقول في الجواب المذكور ينظر لأن حاصله أن سبب وجوب الضمان على المولى تفوته حق الاستسعاء للغرماء ببيع العبد ومقتضى هذا أن يجب على المولى ضمان الديون بالتزام دون ضمان قيمة العبد فقط لأنهم كان لهم أن يستسعوا العبد في جميع ديونه لهم لا في مقدار قيمته فقط وقد فوات بالبيع والتغيب حق الاستسعاء بالكلية فينبغي أن يضمن البائع والمشتري جميع ما فواتاه وهو جميع ما يمكن استيفائه بالاستسعاء من الديون ولم يقل به أحد وانما الذي قالوا به أن يجب عليهم ما ضمان مقدار قيمة العبد لا غير فتدبر (قوله قالوا تأويله إذا لم يصل اليهم الثمن فإن وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لو وصل حقهم اليهم) قال صاحب

نفي الرد لجواز أن يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يفي الثمن بديونهم فيبقى لهم ماله في الديون والاستسعاء في الديون وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة في البيع فانهم إذا قبضوا الثمن ورضوا به سقط حقهم وإن كان فيه محاباة وأهل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة في البيع معناه أن الثمن يفي بديونهم بدليل قوله والثاني ناقص ومجمل فانه انما يكون ناقصاً إذا لم يف بالديون فإن قيل إذا باع المولى عبده الحاني بعد العلم بالجناية كان مختاراً للفساد فما بال هذا لا يكون مختاراً للقضاء الديون من ماله أجيب بأن موجب الجناية الدفع على المولى فإذا تعذر عليه بالبيع طوّل به لبقاء الواجب عليه وأما الدين فهو واجب في ذمة العبد

بجيت لا يسقط عنه بالبيع ولا عتاق حتى يؤخذ به بعد العتق فلما كان كذلك كان البيع من المولى النهاية منزلة أن يقول أنا أقضى دينه بذلك عدة منه بالتبرع فلا يلزمه وفيه نظر لأن قوله أنا أقضى دينه يحتمل الكفالة فلم يتعين عدة والجواب أن العدة أدنى الاحتمالين فيثبت به الآن يقوم الدليل على خلافه

(قوله ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة في البيع الخ) أقول فإن قيل كيف يندفع بهذا الذهاب بفائدة قوله ولا محاباة قلنا لأن الوصول لا يستلزم القبض فانه يكون باحضر الثمن والتخلي بينهم وبينه فلي تأمل (قوله بدليل قوله والثاني الخ) أقول دلالتهم لا تخالو عن خفاء

قال (فان كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري) معناه اذا أنكر الدين وهذا (عند أبي حنيفة) ومحمد وقال أبو يوسف المشتري خصمهم ويقضى لهم دينهم) وعلى هذا الخلاف اذا اشترى داراً ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافاً له وعنهم ما مثل قوله في مسئلة الشفعة لا يوجب أن يدعى الملك لنفسه فيكون خصماً لكل من ينازعه ولهما أن الدعوى تتضمن فسخ العقد وقد قام به ما فيكون الفسخ قضاء على الغائب

النهاية في هذا اللفظ نوع نظر اذا كان من حقه أن يقال وتأويله اذا باع بثمن لا يني بدونهم كما هو المذكور في باب جنابة العبد من كتاب الجامع الكبير لفخر الاسلام وما دوني الجامع الصغير لقاضيان والذخيرة وذلك لانه اذا لم يكن في البيع محاباة ولكن الثمن كان لا يني بدونهم كان لهم أن يردوا البيع لقوات حقهم في الاستسعاء فيما يني من دينهم على العبد وبما ذكر في الكتاب لا يحصل هذا المعنى وهو انسداد باب الرد لهم لانه يحتمل أن لا يني الثمن بدونهم وان لم يكن في البيع محاباة فتبقى لهم ولاية الرد لاستسعاء باقي الديون اللهم إلا أن يريد بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع رضا الغرماء بأخذهم الثمن فانهم لما أخذوا الثمن كانوا راضين بالبيع فيسند حينئذ باب الرد ولكن احتمال ارادة احضار الثمن والتخيلة بينهم وبين الثمن بلفظ الوصول باق فلا ينتقض ذلك اللفظ حينئذياناً لان انسداد باب الرد لهم من كل وجه فكان المعقول ما ذكره الامام قاضيان في جامعهم بقوله وتأويله اذا باع بثمن لا يني بدونهم لانهم كان لهم حق الاستسعاء الى أن يصل اليهم دينهم وبعد البيع لا يمكنهم الاستسعاء في ملك المشتري فكان لهم أن ينقضوا البيع وان كان في الثمن وفاء بدونهم لم لا يكون لهم ولاية نقض البيع الى هنا كلام صاحب النهاية وقد نقله صاحب معراج الدراية بعين عبارته وأما صاحب العناية فنقله بطريق الاجال وأورد النظر على الجواب حيث قال قيل في عبارته تسامح لان وصول الثمن اليهم مع عدم المحاباة في البيع لا يستلزم نفي الرد بل وان يصل اليهم الثمن ولا محاباة في البيع لكن لا يني الثمن بدونهم فيبقى لهم ولاية الرد والاستسعاء في الديون وأجيب بأنهم قد رضوا بسقوط حقهم حيث قبضوا الثمن فلم يبق لهم ولاية الرد وفيه نظر لانه يذهب بفائدة قوله ولا محاباة في البيع فانهم اذا قبضوا الثمن ورضوا بسقوط حقهم وان كان فيه محاباة الى هنا كلامه (أقول) أولاً في الجواب المذكور نظراً آخر وهو أنه لو كان مراد المصنف بقوله فان وصل ولا محاباة في البيع ما ذكر في ذلك الجواب لما تم عليه به قوله لو وصل حقه هم اليهم فإنه اذا لم يكن في الثمن وفاء بدونهم لم يصل اليهم حقهم بالتمام ووصول بعض حقهم اليهم لم يفسد شيئاً في نفي ردهم البيع كما بين في السؤال بل كان حق التعليق حينئذ أن يقال لرضاهم بسقوط حقهم \* وأقول ثانياً يمكن الجواب عن النظر الذي أورد صاحب العناية بأن فائدة قوله ولا محاباة في البيع حينئذ هي أن لهم أن يقولوا في صورة المحاباة انما قبضنا الثمن على اعتقاد أن لا محاباة في البيع فاذا علمنا المحاباة فيه لا نرضى به بل نرد البيع فتبطل العبد بتمام القيمة بخلاف ما اذا لم يكن في البيع محاباة فإنه لا يمتنع فيه ذلك العذر فافترقا ثم قال صاحب العناية ولعل الصواب أن يقال قوله ولا محاباة في البيع معناه أن الثمن يني بدونهم بدليل قوله والثاني ناقص مجمل فإنه انما يكون ناقصاً اذا لم يف بالدين اهـ (أقول) وفيه نظر أما أولاً فلا تلو كان معنى قوله ولا محاباة في البيع أن الثمن يني بدونهم لم يذهب فائدة قوله فان وصل في قوله فان وصل ولا محاباة وفائدة قوله اذا لم يصل اليهم الثمن في قوله وتأويله اذا لم يصل اليهم الثمن اذ لا شك أن الثمن اذا كان يني بدونهم لم يكن لهم أن يردوا البيع سواء وصل اليهم الثمن أو لم يصل اذ لا يني لهم حينئذ حق الاستسعاء بل بتعيين حق الاستيفاء من رقبته فلا تنصـ ورفائدة في الرد فلا ينبت لهم نظرية وأما ثانياً فلا معنى انقضاء المحاباة في البيع ليس عين معنى وفاء الثمن بدونهم وهو ظاهر وأن أحدهما لا يستلزم الآخر أصلاً لجواز

(فان كان البائع غائباً فلا خصومة بينهم وبين المشتري) اذا أنكر الدين عند أبي حنيفة ومحمد رجحما الله) وانما قيد بالانكار لان المشتري اذا أقرب دينهم وصدقهم في الدعوى كان لهم أن يردوا البيع بلا خلاف (وقال أبو يوسف رجح الله المشتري خصمهم ويقضى لهم دينهم) لانه يدعى الملك لنفسه فيكون خصماً لكل من ينازعه فيما يني بدنه (ولهما أنه لو جعل خصماً لا دعوى عليه والدعوى تتضمن فسخ العقد والعقد قد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب) قال فخر الاسلام رجح الله وعلى هذا الخلاف اذا اشترى رجل داراً لها شفيع ثم وهبها لرجل وسلمها اليه وغاب الواهب ثم حضر الشفيع فان الموهوب له ليس بخصم عندهما خلافاً له وعنهما وهو رواية ابن سميعة مثل قوله في هذه المسئلة



قال (ومن قدم مصر) رجل قدم مصر وقال أنا عبد لفلان فاشتري وباع لزمه كل شيء من التجارة لأنه أن أخبر أنه مآذون له فآخبره دليلاً عليه وإن لم يخبر فتصرفه (٣٥٦) دليل على أنه وهو استحسان والقياس أن لا يقبل قوله لأنه أخبر بشيئين أحدهما أنه أخبر أنه

قال (ومن قدم مصر) وقال أنا عبد لفلان فاشتري وباع لزمه كل شيء من التجارة) لأنه أن أخبر بالآذن فلاخبار دليل عليه وإن لم يخبر فتصرفه دليل عليه إذا ظاهر أن المحجور يجري على موجب حجه والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات كي لا يضيع أمر على الناس (الأنه لا يبيع حتى يحضر مولاه) لأنه لا يقبل قوله في الرقبة لأنها خالص حق المولى بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بينا (فإن حضر فقال هو مآذون يبيع في الدين) لأنه ظاهر الدين في حق المولى (وإن قال هو محجور فالقول قوله) لأنه متمسك بالأصل

أن تنتفي المحاباة في البيع ولا يبي التز بدونهم وجواز أن يبي التز بدونهم ولا تنتفي المحاباة فلم يصح أن يكون معنى قوله ولا محاباة في البيع أن التز يبي بدونهم لا يحسب الحقيقة وهو ظاهر ولا يحسب التجوزاً والكتابة لعدم العلاقة المحمودة لذلك بينهما (قوله ومن قدم مصر) قال أنا عبد لفلان فاشتري وباع لزمه كل شيء من التجارة لأنه أن أخبر بالآذن فلاخبار دليل عليه وإن لم يخبر فتصرفه دليل عليه) قال في النهاية أي فتصرفه دليل على أنه مآذون في التجارة وقال هذا الذي ذكره جواب الاستحسان وأما جواب القياس فإن لا يقبل قوله لأنه أخبر عن شيئين أحدهما أنه مملوك وهذا إقرار على نفسه والثاني أنه مآذون في التجارة وهذا إقرار على المولى وإقراره عليه لا يصلح حجة وأما وجه الاستحسان فآذ كره في الكتاب اه وافتنى أثره صاحب العناية في شرح هذا المقام أن ذلك (أقول) تحرير هذا المحل على هذا المنوال لا يخلو عن الاختلال فإن قوله ما في تقرير وجه القياس والثاني أنه أخبر أنه مآذون في التجارة وهذا إقرار على المولى غير متمسك في أحد شقي هذه المسئلة وهو ما إذا لم يخبر بالآذن إذا لاخبار من العبد في هذه الصورة فلا إقرار على المولى فيها وأما جعل الأخبار في قوله ما والثاني أنه أخبر أنه مآذون في التجارة أعم من الأخبار الحقيقية والحكمي وإدعاء أن في ذلك الشق أخباراً حكماً عن كونه مآذوناً وهو تصرفه تصرف المآذون فتمحل جداً كما لا يخفى فالأولى ههنا تحرير صاحب الكافي فانه جعل هذه المسئلة على وجهين وذ كر لكل واحد منهما وجه قياس ووجه استحسان على الاستقلال حيث قال والمسئلة على وجهين أحدهما أن يخبر أن مولاه آذن له فيصدق استحساناً عدلاً كان أو غير عدل والقياس أن لا يصدق لأنه مجرد دعوى منه فلا يصدق إلا بحجة لقوله عليه الصلاة والسلام البينة على المدعى وجه الاستحسان أن الناس تعاموا لذلك واجماع المسلمين حجة يخص بها الأثر ويترك بها القياس والنظر ولأن في ذلك ضرورة وبلى فإن الآذن لا بد منه لحجة تصرفه وإقامة الحجة عند كل عقد غير ممكن بالأصل أن ما ضاق على الناس أمره اتسع حكمه وما عمت بليته سقطت قضيته وثانيهما أن يبيع ويشترى ولا يخبر بشيء والقياس فيه أن لا يثبت الآذن لأن السكوت محتمل وفي الاستحسان يثبت لأن الظاهر أنه مآذون لأن أمور المسلمين محمولة على الصلاح ما أمكن ولا يثبت الجواز إلا بالآذن فوجب أن يحمل عليه والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات دفعا للضرر عن الناس والقياس أن يشترط عدالة المخبر لأن الحجة خبر العدل وفي الاستحسان لا يشترط للضرورة أو البلى إلى هنا كلامه واقفى أثره صاحب معراج الدراية في شرح هذا الكتاب والامام الزيلعي في شرح الكنز (قوله الأنه لا يبيع حتى يحضر مولاه) لأنه لا يقبل قوله في الرقبة لأنها خالص حق المولى بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بينا (أقول لقائل أن يقول أن أراد بقوله لأنها خالص حق المولى أنه ليس فيها حق العبد ولا حق الغرماء فهو ممنوع إذ قد تقرر فيما مر أن حق الغرماء يتعلق برقبة العبد المآذون حتى كان لهم أن يبيعوه لاسية، يدونهم إلا أن يئدى المولى ديونهم وإن أراد بذلك أنه ليس فيها حق العبد كما هو

مملوك وهذا إقرار منه على نفسه والثاني أنه أخبر أنه مآذون في التجارة وهذا إقرار على المولى وإقراره عليه ليس بحجة وجه الاستحسان مآذ كره في الكتاب وقوله (كي لا يضيع الأمر على الناس) توضيحه أن للناس حاجة إلى قبول قوله لأن الإنسان يبعث الأحرار والعبيد في التجارة فلم يقبل قول الواحد في المعاملات لا تحتاج إلى أن يبعث شاهدين يشهدان عند كل تصرف أنه مآذون له في التجارة وفي ذلك من الضيق ما لا يخفى وقوله (الأنه) استثناء من قوله لزمه كل شيء ومعناه أنه إذا لم يكن في كسبه وفاء لا يبيع في الدين حتى يحضر مولاه لأنه لا يقبل قوله في الرقبة لأن يبيعها ليس من لوازم الآذن في التجارة ألا ترى أنه إذا آذن للمدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان فيه فكانت خالص حق المولى وحيداً جازاً أن يكون مآذوناً ولا يبيع بخلاف الكسب فإن قضاء الدين من كسبه من لوازم الآذن في التجارة وهو حق العبد على ما بينا يرد به قوله في وسط كتاب المآذون ويتعلق دينه بكسبه إلى أن قال لأن المولى إنما يخلفه في الملك بعد فراغه

عن حاجة العبد (فإن حضر مولاه) قال هو مآذون له يبيع في الدين انظروا في حق المولى وإن قال هو محجور فالقول قوله) وعلى الغرماء البينة لأن دعواهم الآذن كدعواهم الاعناق والكتابة لا يقبل قوله عند جود المولى لا يبيئته

المبادر

**فصل** لما فرغ من أحكام اذن العبد في التجارة بين أحكام اذن الصبي لأنه قدم الاول لكثرة وقوعه ولكونه مجمعا عليه في الجواز والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش اذا أذن له الولي كان كالعبد المأذون في نفوذ تصرفه وعدم التقيد بنوع ودون نوع وصيرورته مأذونا بالسكوت وصحة اقراره بما في يده وغير ذلك مما ذكر في العبد وقال الشافعي رحمه الله لا ينفذ تصرفه لان حجره لصيانته نفسه وهو باق بعد الاذن وبقاء العلة يستلزم المعاول لاحتجاله بخلاف حجر الرقيق فإنه ليس للرق نفسه بل لحق المولى وهو يسقط باذنه ليكون راضيا بتصرفه حينئذ ولا نفوذ له حتى يملك المولى التصرف والحجر عليه والمولى عليه لا يكره والى المأذون لان كونه مولى عليه سمة العجز وكونه والياسمة القدرة قصار كالطلاق والعناق ولا يحسم منه وان أذن له الولي بخلاف الصوم والنفل والصلاة النافذة لانهم مالا يمان بالولي في حسمان منه (قوله وكذا الوصية على أصله) يعني قلت بصحتها كعصمتها اذا كانت (٣٥٧) في أبواب الخير وأصله أن كل تصرف

لا يتحقق من الولي في حقه صح تصرفه بنفسه فيه وما يتحقق منه لا يصح مباشرة الصبي فيه بنفسه لان تصرفه بنفسه بسبب الضرورة (وقد تحققت) فيجب تنفيذه (أما بالبيع والشراء) يتولى الولي فلا ضرورة ولما أن التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه (أما أنه تصرف مشروع فلا والله تعالى أحل البيع من غير فصل بين البالغ والصبي وأما أنه صدر من أهله فلا تعاقل يميز بعلم أن البيع سالب والشراء جالب ويعلم الغبن اليسير من الناحش والاهلية هذا التصرف بكونه كذلك وأما أنه في محله فلا يكون المبيع مالا متقوما وأما الولاية الشرعية فلا نه صدر بأذن وليه والولي له هذا

**فصل** (واذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) وقال الشافعي لا ينفذ لان حجره لصيانة يمينه ببقائه ولا نفوذ له حتى يملك الولي التصرف عليه وعلل حجره فلا يكون والى المأذون وصار كالطلاق والعناق بخلاف الصوم والصلاة لانه لا يقيم بالولي وكذا الوصية على أصله فتحققت الضرورة الى تنفيذه منه أما بالبيع والشراء فيتولى الولي فلا ضرورة ههنا ولما أن التصرف المشروع صدر من أهله في محله عن ولاية شرعية فوجب تنفيذه على ما عرف تقريره في الخلافات والصباسب الحجر لعدم الهداية لانه قد ثبتت نظرا الى اذن الولي

المتبادر من قوله بخلاف الكسب لانه حق العبد في نفسه ولا يجره التعليل حينئذ على أنه لا يقبل قوله في الرقبة أصلا لانه لا يمنع أن يقبل قوله فيما يتعلق حق الغرماء بها كما يقبل قوله في ثبوت اذنه له ولزوم كل شيء في التجارة لتسليطه على الناس فليتأمل والاظهر في تعليل قوله لا يقبل قوله في الرقبة أي في حق بيع الرقبة أن يقال لان بيع الرقبة ليس من لوازم الاذن في التجارة ألا ترى أنه اذا أذن المدبر وأم الولد ولحقهما الدين لا يباعان وهما مأذون لهما كما ذكر في النهاية وغيرها اه

**فصل** لما فرغ من بيان أحكام اذن العبد في التجارة شرع في بيان أحكام اذن الصبي والمعنوع وقدم الاول لكثرة وقوعه (قوله واذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون اذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه) أقول كان انظاها أن يقول في جواب المسئلة فهو في التجارة كالعبد المأذون ليطابق ما قبله من قوله في التجارة وليع غير البيع والشراء من سائر أسباب التجارات لنفوذ تصرفه في سائرهما أيضا عندنا وكأنه قصد الاكتفاء بذكر البيع والشراء لكونهما من أصول أسباب التجارات الا أنه أثر اللفظ الكثير على اللفظ القليل مع كون الثاني أعم وأظهر في افادة غنام المراد وهذا ما في عبارة مختصر القدوري ثم بعد ذلك قصر المصنف من جهة أخرى حيث قصر في البداية على قوله اذا كان يعقل البيع وكان عبارة مختصر اذا كان يعقل البيع والشراء وأصرعني ذلك في الهداية أيضا مع ظهور منية ما في عبارة مختصر لان تعقله البيع فقط غير كاف في كونه كالعبد المأذون فانما التصرف في باب التجارة مطلقا بل لابد من أن يقبل الشراء أيضا بان يعرف أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الغبن الفاحش كما صرحوا به (قوله والصباسب الحجر لعدم الهداية لانه قد ثبتت نظرا الى اذن الولي)

التصرف فكذا من أذنه ألا ترى أن الطلاق والعناق لما يملكه الولي لا يملك الاذن به فصدورهما من الصبي لا يكون عن ولاية شرعية وان أذن الولي بذلك (قوله والصباسب الحجر) جواب عن قوله لان حجره لصيانة (أنا لا نسلم أن حجر الصبي لذاته بل بالغير وهو عدم الهداية في أمور التجارة قصار كالعبد في كون حجره لغيره وهو حق المولى فاذا أذن له الولي زال ذلك التغير لانه يعلم أنه لو لم يكن هاديا في أمور التجارة لما أذن له الولي فيصح تصرفه كالأذن للعبد المولى

**فصل** واذا أذن ولي الصبي (قوله والصبي الذي يعقل الغبن اليسير من الفاحش) أقول الظاهر أن بيع الذي يعقل أن البيع سالب للملك والشراء جالب له ويعرف الغبن اليسير من الفاحش الا أنه اقتصر على الثاني بناء على انه يستلزم (قوله يعني قلت بصحتها) أقول الضمير في بصحتها راجع الى الوصية (قوله صح تصرفه بنفسه فيه) أقول ان لم يكن مضره من كل وجه فلا يمتنع بالطلاق والعناق

وقوله (وبقاء ولايته) جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالأذن لم يبق الولي وليا وتقريره أن بقاء ولايته بعد ذلك لا مبرر للنظر له فإن  
 الأسباب المرجحة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين أي مباشرة ولبه له وبمباشرة  
 نفسه فكان مرجحة في حقه فوجب اعتباره ولا احتمال تبدل الحال فإن حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية إلى غيرها فأبقينا  
 ولاية الولي ليتدارك ذلك (٣٥٨) وقوله (بمخلاف الطلاق والعناق) جواب عن قوله وصار كالطلاق والعناق

وبقاء ولايته للنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال بمخلاف الطلاق والعناق  
 لأنه ضار محض فلم يؤهل له والنافع المحض كقبول الهبة والصدقة يؤهل له قبل الأذن والبيع والشراء  
 دائر بين النفع والضرر فيحصل أهلاله بعد الأذن لا قبله لكن قبل الأذن يكون موقوفاً منه على إجازة  
 الولي لاحتمال وقوعه نظراً أو صحة التصرف في نفسه وذكر الولي في الكتاب ينتظم الأب والجد عند عدمه  
 والوصي والقاضي والولي بمخلاف صاحب الشرط لأنه ليس إليه تقليد القضاء والشرط أن يعقل كون  
 البيع سالباً للملك جالباً للربح

هنا جواب عن قول الشافعي لأن حجره لصبا فيبقى ببقائه تقريره أن الصبا سبب الحجر لعدم هداية  
 الصبي في أمور التجارة لا لأنه فصار هو كالعبد في كون حجره لغیره فإذا أذن له الولي زال ذلك الغير  
 لأنه يستدل به على ثبوت هدايته في أمور التجارة إذ لو لم يكن هادياً فإيهما أذن له الولي فينفذ تصرفه  
 كالأذن المولى للعبد كذا في الشروح (أقول) يراد على ظاهر هذا الجواب أن يقال لو كان الأمر  
 كذلك لنفذ تصرف الصبي بدون إذن الولي إذا علم هدايته في أمور التجارة بدليل من الدلائل غير إذن الولي  
 لحصول العلم آنذاك أيضاً بزوال ذلك الغير الذي حجر الصبي بسببه وهو عدم الهداية مع أن المفهوم من  
 الكتب عدم نفاذ تصرفه بغير إذن الولي أصلاً فيما هو دائر بين النفع والضرر كالبيع والشراء ونحوهما  
 فتأمل (قوله وبقاء ولايته للنظر الصبي لاستيفاء المصلحة بطريقين واحتمال تبدل الحال) قال صاحب  
 العناية وقوله وبقاء ولايته جواب عما يقال لو ثبت له الهداية بالأذن لم يبق الولي وليا وتقريره أن بقاء  
 ولايته بعد ذلك لا مبرر للنظر له فإن الصبا من أسباب المرجحة بالحديث وفي اعتبار كلامه في التصرف  
 نفع محض لاستيفاء المصلحة بطريقين أي مباشرة ولبه له وبمباشرة نفسه فكان مرجحة في حقه فوجب  
 اعتباره ولا احتمال تبدل الحال فإن حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية إلى غيرها فأبقينا ولاية الولي  
 ليتدارك ذلك أه كلامه (أقول) في تقريره شيء أما أولاً فلا وفي اعتبار كلامه في التصرف  
 نفع محض غير مسلم لأن الكلام في التصرف الدائر بين النفع والضرر فإن تصرفه الذي هو نافع محض  
 كقبول الهبة والصدقة ينفذ بغير إذن الولي أيضاً وتصرفه الذي هو ضار محض كالطلاق والعناق لا ينفذ  
 بإذن الولي أيضاً وإنما الذي يتوقف نفاذه على إذن الولي عندنا تصرفه الدائر بين النفع والضرر كالبيع  
 والشراء فكيف يكون في اعتبار كلامه في مثل ذلك التصرف نفع محض فالوجه أن يقال بدل قوله  
 المذكور وفي اعتبار كلامه في التصرف نظره وأما ثانياً فلا من مقتضى تقريره المزبور أن يكون قول  
 المصنف واحتمال تبدل الحال معطوفاً على قوله لنظر الصبي كما لا يخفى على الناظر في مقدمات تقريره  
 وليس كذلك فإنه معطوف على قوله لاستيفاء المصلحة بطريقين ودخل معه في حيز قوله لنظر الصبي  
 إذ لا شك أن تدارك احتمال تبدل الحال أيضاً نظر للصبي فلا وجه لجعله مقابلاً له ثم أعلم أن قول  
 المصنف وبقاء ولايته الخ يحتمل الوجهين أحدهما أن يكون جواباً عن قول الشافعي ولأنه مولى عليه  
 الخ وثانيهما أن يكون جواباً عن سؤال مقدر وهو أن يقال لو صار الصبي ولياً للتصرف بإذن وليه لكان  
 ينبغي أن لا يبقى وليه في التصرف في ماله فصاحب النهاية ذكر كلا الوجهين وصاحب العناية

وأصل ذلك أن تصرفات  
 الدعي على ثلاثة أقسام  
 نافع محض وضار محض  
 ومتروك بينهما فالأول كقبول  
 الهبة والصدقة يؤهل له  
 قبل الأذن وبعده والتأني  
 كالطلاق والعناق لا يؤهل  
 له أصلاً والثالث كالبيع  
 والشراء يؤهل له بعد الأذن  
 لأن نقصان رأيه ينجر برأى  
 الولي لا قبله لكن قبل الأذن  
 يكون موقوفاً على إجازة  
 الولي لاحتمال وقوعه نظراً  
 فإنه أحد الاحتمالين وصحة  
 التصرف في نفسه لصدوره  
 من أهله في محله فإن قيل  
 إذا باع شيئاً بأضعاف قيمته  
 كان نافعا محضاً كقبول  
 الهبة فيجب نفوذه بلا توقف  
 وأجيب بأن المعترف بذلك  
 هو لضعف الجزئيات الواقعة  
 اتساقاً وذكر الولي في الكتاب  
 ينتظم الأب والجد عند  
 عدمه وليس المراد به الترتيب  
 لأن وصي الأب مقدم على  
 الجد وترتيبه وليه وهو الأب  
 ثم وصي الأب ثم الجد الأب  
 ثم وصيه ثم القاضي أو وصيه  
 ثم الولي (بمخلاف صاحب  
 الشرط) يريد به أمير البلدة  
 كأمر بحار في مكان الولي

أكبر منه لأنه ولاية تقليد القاضي دون صاحب الشرط وقوله (والشرط أن يعقل) قد تقدم ذكره اختار

(قوله وتقريره أن بقاء ولايته) أقول وعندى أنه جواب عن ثاقب دليلى الشافعي يمنع المناهاتين كونه ولياً ومولياً عليه مستنداً بأن  
 كونه مولياً عليه لاستيفاء المصلحة بطريقين أي مباشرة ولبه له وبمباشرة نفسه فكان مرجحة في حقه فوجب اعتباره ولا احتمال تبدل الحال  
 فإن حال الصبي يحتمل أن يتبدل من الهداية إلى غيرها فأبقينا ولاية الولي ليتدارك ذلك (٣٥٨) وقوله (بمخلاف الطلاق والعناق) جواب عن قوله وصار كالطلاق والعناق

وقوله ( والتشبيه بالعبد المأذون له الخ ) كذلك لكن يرد عليه أن التعميم ليس بمستقيم فان المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون المدينون بدين يحيط بماله دون الولي وأجيب بان ذلك من انجبار المولى وعدم انجبار الولي ليس من التعميم في تصرف العبد والصبي وبأن دين الصبي لكونه حرا يتعلق بذمته لا بماله فجاز أن يتصرف فيه الولي ودين العبد ( ٣٥٩ ) يتعلق بكسبه والمولى أجنبي

منه اذا كان الدين مستغرفا ( وبصح اقراره بعد الاذن بما هو كسبه ) عينا كان أو دينا لوليه ولغيره لا تنفكا كالحجر عنه فكان كالبالغين وأورد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف أفاده ذلك بانه والجواب أنه أفاده من حيث كونه من وابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها ( وكذا يجوزونه في ظاهر الرواية ) احتراز عن رواية الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنهم أنه لا يجوز اقراره بذلك لان صحة اقراره في كسبه لحاجته في التجارة الى ذلك لتلاصق الناس عن معاملته في التجارة وهي معدومة في الموروث وجه الظاهر أن الحجر لما افلح عنه بالاذن الحق بالبالغين ولهذا نفذ أو حنيفة بعد الاذن تصرفه بالغين الناحش كاله الغين فكان الموروث والمكاتب في صحة الاقرار سواء لكونهم مالمية

( قوله الخ كذلك ) أقول يعني تقدم ذكره ( قوله

والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد أن ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه لان الاذن فسك الحجر والمأذون يتصرف بأهلية نفسه عبدا كالأوصيا فلا يتقيد تصرفه بنوع دون نوع وبصير ما ذونا بالسكوت كما في العبد ويصح اقراره بما في يده من كسبه وكذا يجوزونه في ظاهر الرواية كما يصح اقرار العبد اختار الثاني كما ترى وكثير من الشراح اختاروا الاول فعليه بالاختيار ثم الاختيار ( قوله والتشبيه بالعبد المأذون له يفيد أن ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه ) أي في حق الصبي أراد به قوله فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون كذا في غاية البيان وغيرها ( أقول ) لقائل أن يقول تشبيه الصبي بالعبد المأذون انما يفيد ثبوت أحكام العبد عامة في حقه ان كان التشبيه على العموم وعلى الإطلاق وأما اذا عين ما فيه المشابهة كما وقع في الكتاب حيث قال فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون فافادة المأذون التعميم ممنوعة جدا فليتأمل وقال صاحب النهاية فإن قلت كيف يستقيم تعميم قوله ان ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حق الصبي المأذون مع التخلف في بعضها وهو أن المولى محجور عن التصرف في مال العبد المأذون اذا كان عليه دين يحيط بماله والولي ليس محجور عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله والرواية عن المبسوط قلت الجواب عنه من وجهين أحدهما أن ما ذكرته من الحجر وعدمه هو في انجبار المولى وعدم انجبار الولي في المال وما ذكره في الكتاب من التعميم في تصرف العبد في ماله وتصرف الصبي في ماله فلا يرد نقضا لاختلاف التصرفين والثاني هو ما ذكره في المبسوط وانما يملك الاب أو الوصي التصرف في مال الصبي سواء كان على الصبي دين أو لا لان دين الحر في ذمته لا يتعلق بماله بخلاف دين العبد المأذون فانه يتعلق بكسبه ويصير المولى من التصرف كما جنى آخر اذا كان الدين مستغرفا اه كلامه واقفي أثره صاحب العناية في ذكر ذلك السؤال ووجهي الجواب ولكن سلك مسلك الاجمال ( أقول ) الوجه الثاني لا يصلح جوابا عن السؤال المذكور لان حاصل هذا الوجه بيان علة انجبار المولى عن التصرف في مال العبد المأذون اذا كان عليه دين يحيط بماله وعدم انجبار الولي عن التصرف في مال الصبي المأذون وان كان عليه دين يحيط بماله وذلك لا يفيد استقامة التعليق في قول المصنف ان ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حق الصبي المأذون بل يؤيد عدم استقامته كما لا يخفى ومدار السؤال المذكور على التعميم المستفاد من كلام المصنف لا غير وقال بعض الفضلاء لعل خلاصة الجواب الثاني منع دلالة الكلام على العموم ( أقول ) ليس هذا أيضا بسديد أما أولا فلأن دلالة كلام المصنف وهو قوله ان ما ثبت في العبد من الأحكام يثبت في حقه على العموم ظاهرة لا تقبل المنع لان كلمة ما من ألتايط العموم على ما تقر في علم الاصول وقد تأكد بيانه بقوله من الأحكام فان الجمع المعروف باللام أيضا من ألفاظ العموم والاستغراق اذا لم يكن هناك معهود كما تقر هذا أيضا في علم الاصول وأما ثانيا فلأنه لا دلالة في الجواب الثاني أصلا على منع دلالة كلام المصنف على العموم ولا تعرض له فيه بوجه من الوجوه وانما مضمونه مجرد بيان العلة في انجبار المولى عن التصرف في مال العبد وعدم انجبار الولي عن التصرف في مال الصبي ثم مل ذلك الجواب على منع دلالة الكلام على العموم مما لا سبيل اليه أصلا ( قوله ويصح اقراره بما في يده من كسبه )

لكن يرد عليه الى قوله في مال العبد الخ ) أقول هذا ممنوع وقد مر من انشراح نقلا من شروح الجامع الصغير قبل ثلاثة أوراق ما يخالفه ( قوله يتعلق بذمته ) أقول يعني فقط ( قوله يتعلق بكسبه ) أقول يعني يتعلق بكسبه أيضا أي كما يتعلق بزمته لان ذمته ضعيفة بخلاف الصبي الحر ثم أقول ولعل خلاف الجواب الثاني منع دلالة الكلام على التعميم والا فلا تظهر صلاحية الجواب ( قوله والمولى أجنبي منه الخ ) أقول هذا مسلم اذا كان مستغرفا لقرنته أيضا وأما اذا لم يكن كذلك ففيه كلام وفيه الكلام



(ولا يملك تزويج عبده) بالاتفاق وفي تزويج أمته خلاف أبي يوسف (ولا كتابته) وإن كان الولي والوصي يملكانها لأن الأذن يتناول ما كان من صنيع التجار والكتابة (٣٦٠) ليست منه (والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء) بالمعنى المذكور (بمنزلة

ولا يملك تزويج عبده ولا كتابته كما في العبد والمعتوه الذي يعقل البيع والشراء بمنزلة الصبي بصير ماؤنا باذن الاب والجد والوصي دون غيرهم) من الاقارب كالابن للمعتوه والاخ والسم دون القاضي فإنه ولاية على المعتوه (على ما بيناه) يعنى قوله وذ كر الولي في الكتاب ينظم الاب والجد الخ (وحكمه حكم الصبي) اذا بلغ معتوها فما اذا بلغ عاقلًا ثم عته فأذن له الاب في التجارة قال أبو بكر البلخي رحمه الله لا يصح قياسا وهو قول أبي يوسف ويصح استحسانا وهو قول محمد رحمه الله والله أعلم

### كتاب الغصب

الغصب في اللغة أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه

أورد عليه بأن الولاية المتعدية نزع الولاية القائمة والولي لا يملك الاقرار على مال الصبي فكيف يملكه الصبي باذن الولي وأجيب عنه في النهاية ومعراج الدراية بأن الولي انما يملك ذلك لانه لا يتحقق منه لان الاقرار قول من المرء على نفسه وما يثبت على الغير بقوله فهو شهادة واقرار الولي على الصغير قول على الغير فيكون شهادة وشهادة الفرد لا تكون حجة وأما قول الصبي بعد الاذن فهو اقرار منه على نفسه وهو من صنيع التجار ومما لا تتم التجارة الا به لان الناس اذا علموا أن اقراره لا يصح يتحزون عن معاملته فان من يعامله لا يتكهن من أن يشهد عليه شاهدان فلهم اذا اقراره اه (أقول) هذا الجواب لا يدفع السؤال المذكور لان حاصله بيان عدم صحة اقرار الولي على الصبي وصحة اقرار الصبي بنفسه على مال نفسه وهذا مما لا يؤثر كما ترى في اندفاع الاراد بأن الولاية المتعدية فرع الولاية القائمة وهما لم يتحقق الولاية القائمة فكيف يتحقق الولاية المتعدية وكان صاحب العناية تنبه لما في الجواب المزبور حيث لم يذكره بل قال بطله والجواب أنه أفاده من حيث كونه من توابع التجارة والولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها اه (أقول) هذا الجواب أيضا غير مستقيم لانه ان أراد أن الولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها فبطل أيضا بنفس التجارة وتوابعها التي من جعلها اقراره على مال الصبي فممنوع اذا لا شك أن اقرار الولي على مال الصبي ليس من توابع التجارة بل ليس مما يصح أصلا فاني يملكه الولي وان أراد أن الولي يملك الاذن بالتجارة وتوابعها التي من جعلها اقرار الصبي على مال نفسه وان لم يملك نفس اقراره عليه فله ولكن لا يجدي هذا شيئا في دفع السؤال المذكور لان اللازم منه أن يملك الولي الاذن للصبي بالاقرار ولا كلام فيه وانما الكلام في أن يملك الصبي الاقرار على نفسه باذن الولي ولاية متعدية من الرضى الى الصبي والولاية المتعدية فرع الولاية القائمة والولي لا يملك نفس الاقرار على الصبي بالاجماع فلم تكن له ولاية قائمة في حق نفس الاقرار على الصبي فكيف تتعدى منه الولاية الى الصبي في حق ذلك ولا يخفى أن حديث أن يملك الولي الاذن بالتجارة وتوابعها في أثناء الجواب عن هذا الاشكال يصير لغوا من الكلام ثم أقول لعل الصواب في الجواب منع كون ولاية الصبي ولاية متعدية إذ قد تقر رفيعا أن الصبي يتصرف بأهليته والصبا ليس سبب الحجر لانه بل لعدم ديانته واذن الولي انما يكون دليلا على زوال ذلك المانع كما كان البلوغ دليلا عليه لانه يكتسب الولاية من اذنه الا أن الصبا لما كان من أسباب المرجة بالحديث لم يؤهل الصبي أصلا لما هو ضار محض وأهل لما هو نفع محض قبل الاذن وبعد وأهل لما هو دار بين النفع والضرب بعد الاذن فقط والاقرار لما كان من توابع التجارة دار بين النفع والضرب لا يقبل اقراره يحترز الناس عن معاملته فيتضرر به فأهل الصبي له بعد الاذن وكانت ولايته عليه ذاتية لا متعدية من الولي فتبصر فان هذا توجيه حسن وجواب شاف تحسم به مادة الاشكال بالكلمة

### كتاب الغصب

اراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة ما لا حقي ان اقرار

الصبي بصير ماؤنا باذن الاب والجد والوصي دون غيرهم) من الاقارب كالابن للمعتوه والاخ والسم دون القاضي فإنه ولاية على المعتوه (على ما بيناه) يعنى قوله وذ كر الولي في الكتاب ينظم الاب والجد الخ (وحكمه حكم الصبي) اذا بلغ معتوها فما اذا بلغ عاقلًا ثم عته فأذن له الاب في التجارة قال أبو بكر البلخي رحمه الله لا يصح قياسا وهو قول أبي يوسف ويصح استحسانا وهو قول محمد رحمه الله والله أعلم

### كتاب الغصب

اراد الغصب بعد الاذن في التجارة لوجهين أحدهما أن الغصب من أنواع التجارة ما لا حقي ان اقرار لما يصح بدون التجارة دون غير ما يصح بدین الغصب ولم يصح بدین المهر لكون الاول من التجارة دون الثاني

### كتاب الغصب

(قوله اراد الغصب الى قوله ما لا الخ) أقول ويجوز أن يقال نفاذ تصرف الغاصب يكون بالأذن كنفاد تصرف المأذون الآن في الغصب بالأذن اللاحق وفي المأذون بالأذن السابق فيكون بينهما مناسبة أو يقال ذكره بعده لما بينهما من المقابلة فان العبد المأذون يتصرف في مال الغير باذنه والغاصب يتصرف فيه لا باذنه

المأذون

بالأذن السابق فيكون بينهما مناسبة أو يقال ذكره بعده لما بينهما من المقابلة فان العبد المأذون يتصرف في

مال الغير باذنه والغاصب يتصرف فيه لا باذنه

فكان ذكرا النوع بعد ذكرا الجنس مناسبا والثاني أن المصوب مادام قائما بعينه في يد الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته  
فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبة ما في يده من أموال التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف المالك فذكرا أحد المتجانسين  
متصلا بالآخر من المناسبة الا أنه قد قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس مشروع والغصب في اللغة أخذ  
الشيء من الغير على سبيل التغلب للاستعمال فيه بين أهل اللغة سواء كان (٣٦١) متقوما أو غيره يقال غصب زوجة

فلان وخرفلان وفي  
الشرعية أخذ مال متقوم  
محترم بغير إذن المالك  
على وجه يزيل يده فقلوه  
أخذ مال يشمل الحدود  
وغيره وقوله متقوم احتراز  
عن النحر وقوله محترم احتراز  
عن مال الحرب فانه غير  
محترم وقوله على وجه يزيل  
يده أي يد المالك لبيان أن  
ازالة يد المالك لا بد منها في  
الغصب عندنا وعند  
الشافعي رحمه الله هو  
اثبات بد العدو وان عليه  
وغيره الخسائر تطهر في  
زوائد المصوب كولد  
المفصولة وغرة البستان  
فانها ليست بمضمونة عندنا  
لعدم ازالة اليد وعنده  
مضمونة لاثبات اليد

(قوله فكان ذكرا النوع  
الخ) أقول نفسه بحث  
(قوله الا أنه قد قدم الاذن  
الخ) أقول هذا الاحتياج  
اليه بعد ما بين وجه تأخر  
المأذون من الحجر (قوله  
وفي الشرعية أخذ مال  
الى قوله في زوائد المصوب  
الخ) أقول قال الامام  
الزبيلي حتى لا يضمن

وفي الشرعية أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يده

المأذون لما صح بدون التجارة دون غيرها صح بدون الغصب ولم يصح بدون المهر ليكون الأول من التجارة  
دون الثاني فكان ذكرا النوع بعد ذكرا الجنس مناسبا ولثاني أن المصوب مادام قائما بعينه في يد  
الغاصب لا يكون الغاصب مالكا لرقبته فصار كالعبد المأذون فانه غير مالك لرقبة ما في يده من أموال  
التجارة وان كان يتصرف فيه تصرف المالك فذكرا أحد المتجانسين متصلا بالآخر من المناسبة الا أنه  
قد قدم الاذن في التجارة لانه مشروع من كل وجه والغصب ليس مشروع كذا في النهاية والعناية (أقول)  
في الوجه الاول بحث من وجهين أحدهما أن كون الغصب من أنواع التجارة ما لا نافي فيه المناسبة  
بين الغصب وبين جنس التجارة لابين الغصب وبين الاذن في التجارة لان الاذن نفسه ليس من جنس  
التجارة قط بل هو فلتا الحجر واسقاط الحق عندنا على ما مر في صدر كتاب المأذون والمذكور في كتاب  
المأذون مسائل نفس الاذن لا مسائل جنس التجارة فلا يتم التقريب والثاني ان مناسبة ذكرا النوع  
بعد ذكرا الجنس متحققة في سائر أنواع التجارة أيضا فينتقض ذلك الوجه بما طردا ويمكن أن يجاب عن  
كل منهما بما بنوع عناية أما عن الاول فأن يقال ان الاذن نفسه وان لم يكن من جنس التجارة الا أنه  
متعلق بجنس التجارة ومخصوص به فكان للغصب مناسبة للاذن نفسه أيضا بواسطة تعلقه بجنس  
التجارة وأما عن الثاني فأن يدعى عدم لزوم الاطراد في وجود المناسبات بين كتب هذا الفن ويقال  
ان هاتيك الوجوه مصححات لأمريجات البتة فلا ضير في تحققها في غيرها ما سقت له أيضا ثم ان الاظهر  
في وجه المناسبة ههنا ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال وجه المناسبة بين الكتابين عندى  
أن المأذون يتصرف في الشيء بالاذن الشرعي والغاصب يتصرف بالاذن شرعي فكان بينهما ما مناسبة  
المقابلة الا أنه قد قدم كتاب المأذون لانه مشروع والغاصب ليس مشروع اه واعلم أن محاسن الغصب  
من حيث الاحكام لا من حيث الاقدام كما في الجنايات والديات فان المقصود من بيان كتاب الغصب  
هو بيان حكمه المترتب عليه لانه ليس في الغصب شيء من الاباحة فضل الا عن الحسن والطاعة بل هو  
عدوان محض وظلم صرف كذا في النهاية وغيرها (قوله وفي الشرعية أخذ مال متقوم محترم بغير إذن  
المالك على وجه يزيل يده) أقول لا بد من أن يراعى في هذا التعريف قيدان أحدهما قيد أو يتصرف  
يده بأن يقال على وجه يزيل يده أو يتصرف يده لئلا يخرج على تعريف الغصب في الشرع ما أخذ  
الغاصب من يد غير المالك كما اذا أخذ من يد المستأجر أو من يد المهرتم أو من يد المودع فان الغاصب  
في هذه الصور وان لم يزل يد المالك عن ماله بناء على عدم كونه في يده رقت لغصب وازالة اليد فرع  
تحققها الا أنه قصر يده عن ماله في هاتيك الصور أيضا وعن هذا قال في المحيط البرهاني الغصب شرعا  
أخذ مال متقوم محترم بغير إذن المالك على وجه يزيل يد المالك ان كان في يده أو يتصرف يده ان لم يكن  
في يده اه وهكذا قال في الكافي أيضا وثانيه ما قيد على سبيل المجاهرة كما وقع في البدائع لئلا يدخل  
في تعريف الغصب شرعية السرقة فان الامتياز بين السرقة والغصب في الشرع انما يكون بأن كان

(٤٦ - نكته سابع) الغاصب زوائد المصوب اذا هلكت بغيره بعد ازالة يد المالك ولا ما صار مع

المصوب بغير صنعه كما اذا غصب دابة وتبعها أخرى أو ولد لها لا يضمن البائع لعدم الصنع فيه وكذلك لو جنس المالك عن مواشيه حتى  
ضاعت لا يضمن لما ذكرنا وله ما لا يملكه انتم ولكن ذكر في تدوين فاصيخان مسألة بخلاف هذا الاصل فانه قال لو غصب عجم  
فاستملك حتى ييسر له أمه قال أبو بكر النجفي يضمن قيمه العجول بقوله الامام لم يعل في الام شيء

الغصب على سبيل الجهار والسرقه على سبيل الخفية والاستسرار مع الاشتراك بينهما في جميع ما ذكر  
 لتعريف الغصب شريفة في الكتاب ثم اعلم أن صدر الشريعة قد تنبه لزوم زيادة القيد الثاني على هذا  
 التعريف حيث قال في شرح الوقاية ثم لا بد أن يزاد على هذا التعريف لا على سبيل الخفية لتخرج  
 السرقه اه ورد عليه صاحب الاصلاح والايضاح حيث قال فان قلت أليس يصدق الحد المذكور  
 على السرقه قلت نعم الآن في السرقه خصوصية بها كانت من جملة أسباب الحد فدخل مسائلها  
 باعتبار تلك الخصوصية في الحد وذلك لا يتنافى دخولها باعتبار أصلها في الغصب كالشراء من  
 الفضولي فانه غصب مع أنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع باعتبار ما فيه من خصوصية بها  
 صارت من مسائلها ومن ذهب عليه هذه الدقيقة تصدى لاجراجهما عن الحد المذكور بزيادة قوله لا على  
 سبيل الخفية ولم يدرك أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كالمخدوم غير محرر على سبيل الخفية  
 التي هنا كلامه (أقول) فيه خلل من وجوه الأول أن السرقه بخصوصيتها التي كانت من جملة أسباب  
 الحد داخل في التعريف المذكور إذ لا يمنع شيء من خصوصيتها عن صدق التعريف المذكور عليها  
 كما لا يخفى على ذي فطنة وانما تكون خصوصيتها مانعة عن صدق تعريف الغصب عليه بالزيادة على  
 التعريف المذكور في سبيل الجهار أو لا على سبيل الخفية فان من خصوصيتها أن تكون على  
 سبيل الخفية كما تقر في كتابها ولا شك أن قيد على سبيل الجهار أو لا على سبيل الخفية يتنافى الصدق  
 على ما كان على سبيل الخفية فإذا كانت السرقه بخصوصيتها التي كانت من جملة أسباب الحد داخله  
 في التعريف المذكور لم يكن ذلك التعريف صالحا لأن يكون حد الغصب في الشرع والالزام أن تكون  
 السرقه بخصوصيتها غصبا شرعيا وليس كذلك لا محالة للقطع بخالف حكمي السرقه والغصب  
 في الشرع فلغا قوله وذلك لا يتنافى دخولها باعتبار أصلها بالغصب كما لا يخفى والثاني أن قوله كالشراء  
 من الفضولي فانه غصب مع أنه مذكور في باب الفضولي من كتاب البيوع ليس بسديد لان مجردا لشراء  
 من الفضولي ليس بغصب قطعا وانما الذي يصير غصبا أخذ المشتري من يد الفضولي بغير إذن المالك وهو  
 ليس ببيع جزما وليس بمذكور في كتاب البيوع أصلا وانما المذكور فيه نفس الشراء من الفضولي فلا  
 صحة في التمثيل ولا في التعليل والثالث أن قوله كالمخدوم غير محرر على سبيل الخفية في قوله ولم يدرك  
 أنه حينئذ يخرج عنه بعض أفراد الغصب كالمخدوم غير محرر على سبيل الخفية ليس بصحيح لأن  
 ما كان غير محرر كيف يتصور أخذه على سبيل الخفية فان عدم الاحراز يتنافى باختفاء وعن هذا قال  
 صاحب الهداية في فصل الحرز والأخذ منه من كتاب السرقه الحرز لا بد منه لا الاستسرار لا يتحقق  
 بدونه اه ثم ان صاحب الاصلاح والايضاح غير التعريف المذكور بوجه آخر حيث قال بدل قولهم  
 بغير إذن المالك بلا إذن من له الاذن وقال في شرحه وانما لم يقل بلا إذن مالكه لان كون المأخوذ  
 ملكا ليس بشرط لوجوب الضمان فان الموقوف مضمون بالتلاف وليس بمملوك أصلا صرح به  
 في البدائع اه (أقول) وفيه أيضا خلل لان الوقف في الشرع عند أبي حنيفة حبس العين على ملك  
 الواقف والتصدق بالمنفعة بمنزلة العارية وعنده ما حبس العين على حكمه ملك الله تعالى فيزول ملك  
 الواقف الى الله تعالى على وجه تعود منفعته الى العباد وهذا كله مما تقر في أول كتاب الوقف فعلى  
 كلا القولين يكون الموقوف مملوكا فكيف يتم قوله ان الموقوف ليس بمملوك أصلا ولئن سلم تمام ذلك  
 فكون الموقوف مضمونا لا يقتضي كونه مغصوبا بغصبا شرعيا فان وجوب الضمان ليس بحكم مخصوص  
 بالغصب الشرعي بل يتحقق ذلك في غيره أيضا بنوع من التعدي والجنابة ألا يرى أن زوائد المغصوب  
 كولد المغصوبة وثمرة البستان المغصوب ليست بمغصوبة عندنا شرعا لعدم تحقق إزالة يد المالك عنها بناء  
 على أن يد المالك كانت ثابتة عليها حتى يزيلها الغاصب بل هي أمانة في يد الغاصب ان ملكك

واستخدام العبد وجل الدابة غصب بالاتفاق والجلوس على البساط ليس بغصب عندنا لأن البسط فعل المالك فلا يكون الغاصب مزبلا  
ليده مع بقاء أثر فعله ثم إن كان الغصب مع العلم بأنه ملك المغصوب منه حكمه المأثم (٣٦٣) والمغرم وإن كان بدونه فالضمان

لأنه حق العبد فلا  
يتوقف على قصده ولا إثم  
لأن الخطأ موضوع قال  
(ومن غصب شيئا لمثل كالكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله) وفي بعض النسخ فعليه ضمان  
مثله ولا تفاوت بينهم ما هو هذا لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل  
ما اعتدى عليكم ولأن المثل أعديل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان أدفع للضرر قال (فإن لم  
يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون) وهذا (عند أبي حنيفة)  
لا يضمنه عندنا كما صرحوا به فاطبة وسيجيء في الكتاب مع أنه إذا تعدى فيها يجب عليه الضمان  
بالاتفاق على ما صرحوا به فاطبة أيضا وسيجيء في الكتاب وكذا إذا قتل رجل عبدا رجل خطأ في يد  
مالك يجب عليه ضمان قيمة العبد بخلاف مع أن ذلك ليس بغصب في الشرع عند أحد وبالجلة  
فرق بين ضمان الغصب وضمن الاتلاف كما أنه وعليه فمن أين ثبت تحقق حقيقة الغصب الشرعي  
في اتلاف الموقوف حتى يرد به النقض على ما ذكره ثقات المشايخ في تعريف الغصب فيحتاج إلى تغييره  
(قوله حتى كان استخدام العبد وجل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط) لأنه بالاستخدام والجلوس  
أثبت بدالتصرف عليه ومن ضروره إزالته بملكه عنه فتحقق الغصب بخلاف الجلوس على البساط  
لأن البسط فعل المالك وتنبقى أثر فعله في الاستعمال وما بقي أثر فعله تبقى يده فلم يوجد إزالته بملك المالك  
فلم يتحقق الغصب كذا قالوا قال ابن العزوف في كلام المصنف ههنا مؤاخذه لفظة وهي في قوله وجل  
الدابة يعني والجل عليها وحقه أن يقول وتحميل الدابة لأن جل لا يتعدى بنفسه إلى اثنين وإنما يتعدى  
بنفسه إلى واحد وإلى آخر يجزى الجر فتقول جلت المتاع على الدابة فيصح إضافة المصدر منه إلى المتاع  
لأن الدابة فتقول جلت المتاع ولا تقول جلت الدابة لأن الدابة لا تضع الفعل فيتعدى إلى اثنين بنفسه فتقول  
جلت الدابة المتاع حينئذ تصح إضافة مصدره إلى الدابة فتقول تحميل الدابة لأن التحميل مصدر جل  
المضعف للتعدية اه كلامه (أقول) هذا الذي ذكره ظاهر وكأن صاحب الكافي عن هذا غير  
عبارة المصنف ههنا فقال حتى كان استخدام عبد الغير والجل على دابة الغير غصبا ولكن يمكن توجيه  
كلام المصنف ههنا بما وجه به الفاضل الشريف في شرح المفتاح قول العلامة السكاكي أفعارا  
بمواظبها حيث قال والاصل أن يقال بالمواظبة عليها أي على العبادة لأنه نزع الخافض وعدى المصدر  
بالإيصال اه وقصده الجواب عن قول المحقق التفخا زاني هناك وفي تعدية المواظبة بنفسها قطر  
والصواب بالمواظبة عليها اه تأمل (قوله ثم إن كان مع العلم بحكمه المأثم والمغرم وإن كان  
بدونه فالضمان) أقول هذا انما يثبت فيما إذا هلك المغصوب في يد الغاصب وأما إذا كان قائما  
في يده فحكمه رد العين كما سيأتي في الكتاب وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه  
الخاص بصورة الهلاك اللهم إلا أن يبنى كلامه هنا على ما قيل إن الموجب الأصلي للغصب مطلقا هو  
النخبة و رد العين مخلص كما سيجيء من ذلك أنه قول ضعيف جدا على ما يدل عليه تقرير المصنف فيما  
بعد وصرحوا به في الشروح ثم فكيف يليق بمثل المصنف بناء كلامه على ذلك (قوله ولأن المثل أعديل  
لما فيه من مراعاة الجنس والمالية) قال في النهاية والعمالة لأن الخنطة مثلا مثل الخنطة جنسا ومالية  
الخنطة المؤداة مثلا مالية الخنطة المؤداة لأن الجوده ساقطة العبرة في الاموال الربوية اه (أقول)

حتى كان استخدام العبد وجل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط ثم إن كان مع العلم بحكمه المأثم  
والمغرم وإن كان بدونه فالضمان لأنه حق العبد فلا يتوقف على قصده ولا إثم لأن الخطأ موضوع قال  
(ومن غصب شيئا لمثل كالكيل والموزون فهلك في يده فعليه مثله) وفي بعض النسخ فعليه ضمان  
مثله ولا تفاوت بينهم ما هو هذا لأن الواجب هو المثل لقوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل  
ما اعتدى عليكم ولأن المثل أعديل لما فيه من مراعاة الجنس والمالية فكان أدفع للضرر قال (فإن لم  
يقدر على مثله فعليه قيمته يوم يختصمون) وهذا (عند أبي حنيفة)

لا يضمنه عندنا كما صرحوا به فاطبة وسيجيء في الكتاب مع أنه إذا تعدى فيها يجب عليه الضمان  
بالاتفاق على ما صرحوا به فاطبة أيضا وسيجيء في الكتاب وكذا إذا قتل رجل عبدا رجل خطأ في يد  
مالك يجب عليه ضمان قيمة العبد بخلاف مع أن ذلك ليس بغصب في الشرع عند أحد وبالجلة  
فرق بين ضمان الغصب وضمن الاتلاف كما أنه وعليه فمن أين ثبت تحقق حقيقة الغصب الشرعي  
في اتلاف الموقوف حتى يرد به النقض على ما ذكره ثقات المشايخ في تعريف الغصب فيحتاج إلى تغييره  
(قوله حتى كان استخدام العبد وجل الدابة غصبا دون الجلوس على البساط) لأنه بالاستخدام والجلوس  
أثبت بدالتصرف عليه ومن ضروره إزالته بملكه عنه فتحقق الغصب بخلاف الجلوس على البساط  
لأن البسط فعل المالك وتنبقى أثر فعله في الاستعمال وما بقي أثر فعله تبقى يده فلم يوجد إزالته بملك المالك  
فلم يتحقق الغصب كذا قالوا قال ابن العزوف في كلام المصنف ههنا مؤاخذه لفظة وهي في قوله وجل  
الدابة يعني والجل عليها وحقه أن يقول وتحميل الدابة لأن جل لا يتعدى بنفسه إلى اثنين وإنما يتعدى  
بنفسه إلى واحد وإلى آخر يجزى الجر فتقول جلت المتاع على الدابة فيصح إضافة المصدر منه إلى المتاع  
لأن الدابة فتقول جلت المتاع ولا تقول جلت الدابة لأن الدابة لا تضع الفعل فيتعدى إلى اثنين بنفسه فتقول  
جلت الدابة المتاع حينئذ تصح إضافة مصدره إلى الدابة فتقول تحميل الدابة لأن التحميل مصدر جل  
المضعف للتعدية اه كلامه (أقول) هذا الذي ذكره ظاهر وكأن صاحب الكافي عن هذا غير  
عبارة المصنف ههنا فقال حتى كان استخدام عبد الغير والجل على دابة الغير غصبا ولكن يمكن توجيه  
كلام المصنف ههنا بما وجه به الفاضل الشريف في شرح المفتاح قول العلامة السكاكي أفعارا  
بمواظبها حيث قال والاصل أن يقال بالمواظبة عليها أي على العبادة لأنه نزع الخافض وعدى المصدر  
بالإيصال اه وقصده الجواب عن قول المحقق التفخا زاني هناك وفي تعدية المواظبة بنفسها قطر  
والصواب بالمواظبة عليها اه تأمل (قوله ثم إن كان مع العلم بحكمه المأثم والمغرم وإن كان  
بدونه فالضمان) أقول هذا انما يثبت فيما إذا هلك المغصوب في يد الغاصب وأما إذا كان قائما  
في يده فحكمه رد العين كما سيأتي في الكتاب وكان المناسب بهذا المقام بيان حكمه الكلي دون حكمه  
الخاص بصورة الهلاك اللهم إلا أن يبنى كلامه هنا على ما قيل إن الموجب الأصلي للغصب مطلقا هو  
النخبة و رد العين مخلص كما سيجيء من ذلك أنه قول ضعيف جدا على ما يدل عليه تقرير المصنف فيما  
بعد وصرحوا به في الشروح ثم فكيف يليق بمثل المصنف بناء كلامه على ذلك (قوله ولأن المثل أعديل  
لما فيه من مراعاة الجنس والمالية) قال في النهاية والعمالة لأن الخنطة مثلا مثل الخنطة جنسا ومالية  
الخنطة المؤداة مثلا مالية الخنطة المؤداة لأن الجوده ساقطة العبرة في الاموال الربوية اه (أقول)

على مثله الكامل فعليه قيمته يوم الخصومة عند أبي حنيفة رحمه الله

(قوله والثاني أما أن يكون له مثل أي يكون مما يضمن بمثله) أقول فيه بحث لا فضائه إلى الدور (قوله لأن الجوده ساقطة العبرة في  
الربويات) أقول وفي لطائف الاشارات ضمن الجسد بمثله لا بردي ورعاية للمأثلة



وقال أبو يوسف يوم الغصب وقال محمد يوم الانقطاع) لأبي يوسف أنه لما انقطع الحق بالمثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب

وقال أبو يوسف رحمه الله يوم الغصب وقال محمد رحمه الله يوم الانقطاع لأبي يوسف أنه لما انقطع الحق بالمثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب

قال المصنف (وقال أبو يوسف يوم الغصب) أقول وفي شرح الوقاية له - در الشريعة مذهب أبي يوسف أعدل لأنه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكملة الرغبات وقلتها وفي المعدوم هذا متعذر أو متعسر ويوم الانقطاع لا يضبط له وأيضاً ينتقل إلى القيمة في هذا اليوم اذ لم يوجد من المالك طلب وأيضاً عند وجود المثل لم ينتقل وعند علمه لاقية له انتهى ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال وحده الانقطاع ما ذكره أبو بكر النجاشي هو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في البيوت وعلى هذا انقطاع الدراهم انتهى

أظاهراً أن المقصود من التمرض ههنا لبيان كون الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية دفع وورد سؤال على أن يكون في إيجاب المثل مراعاة المالية بظهور وتحقيق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة ولكن اندفاعه بذلك غير واضح عندى لأنه ان أراد يكون الجودة ساقطة العبرة في الأموال الربوية أنه لا تفاوت بين جوده وأورديتها في المالية فهو ممنوع اذ التفاضل في القيمة بينهما في المتعارف ظاهر جداً وان أراد بذلك أنه لا عبرة بالتفاوت بين الأموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند أهل الشرع أقول النبي صلى الله عليه وسلم جوده وأورديتها سواء فهو مسلم لا كلام فيه لكن لا يدفع به السؤار المتجه على قول المصنف ههنا لما فيه من مراعاة الجنس والمالية بأن مراعاة المالية في إيجاب المثل غير مسلم لتحقيق الاختلاف بين ذوات الامثال بالجودة والرداءة وذلك يقتضى التفاوت بينهما في المالية بل لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن عدم الاعتبار لتفاوت الأموال الربوية في وصف الجودة والرداءة عند أهل الشرع يؤيد دور وذلك السؤال ههنا اذ لو كان عندهم اعتبار لتفاوتها في ذلك لما تصور التفاوت في المالية عند مراعاة التساوى في الوصف أيضاً تأمل نقف (قوله لأبي يوسف أنه لما انقطع الحق بالمثل له فتعتبر قيمته يوم انعقاد السبب اذ هو الموجب) قال صاحب النهاية فان قلت لم يقدم قول أبي يوسف في التعليل ولم يوسطه كما هو حقه قلت يحتمل أن يكون ذلك الوجهين أحدهما أن يكون المختار قوله لقوة دليله اذ فيه اثبات الحكم بحسب ثبوت الموجب لأن المغصوب دخل في ضمان الغاصب من وقت الغصب فيجب أن يكون اعتباراً بقيمة من وقت الغصب والثاني لاثبات الاقوال الثلاثة بحسب ترتيب الزمان على تلك الاقوال فان أول الاوقات من هذه الاقوال الثلاثة يوم الغصب ثم يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة فايراد الاقوال على ترتيب هذه الأزمنة لم يأت بالقديم قول أبي يوسف ثم يقول محمد ثم يقول أبي حنيفة رحمه الله اه كلامه وقد ذكر الوجه الثاني نقط بطريق الاجمال في معراج الدراية أيضاً وكذا ذلك الوجه فقط في العناية أيضاً ولكن بطريق النقل بقيل (أقول) كل واحد من ذينك الوجهين منظور فيه أما الوجه الاول فلا أن ما ذكر فيه لا يدل على قوة دليل أبي يوسف لأن المغصوب المثل اعاد دخل في ضمان الغاصب وقت الغصب بضمان المثل ثم انتقل إلى ضمان القيمة بالانقطاع كما أفصح عنه المصنف في ذلك دليل محمد في أن يجب أن يكون اعتبار القيمة من وقت الغصب دون وقت الانقطاع حتى يلزم قوة دليله ولو سلم قوة دليله فهي تقتضى تأخير دليله اذ من عادة المصنف المستمرة أن يؤخر القوى عند ذكر الأدلة على الاقوال المختلفة ليقع المؤخر منزلة الجواب عن المتقدم وان كان يقدم القوى في الاكثر عند نقل أصل الاقوال وهذا مما لا ستره به عند من له قدم راسخ في معرفة أساليب كلام المصنف وأما الوجه الثاني فلا أن اثبات تلك الاقوال بحسب الترتيب الزماني مما لا يتعاقب به نظر فقهي أصلاً فتغيير المصنف أسلوبه المقرر بمجرد ذلك الامر الوهمي مما لا يناسب بشأنه الرقيع فالوجه عندى أن المصنف جرى ههنا أيضاً على عادته المقررة من تأخير الأقوى فالأقوى عند ذكر الأدلة على الاقوال المختلفة ليحصل الجواب من المتأخر لا تقدم كما حصل ههنا أيضاً ذلك على ما يشهد به تأمل الصادق قال صدر الشريعة في شرح الوقاية أقول قول أبي يوسف أعدل لأنه لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة والقيمة تعتبر بكملة الرغبات وقلتها وفي المعدوم هذا متعذر أو متعسر ويوم الانقطاع لا يضبط له وأيضاً ينتقل إلى القيمة في هذا اليوم اذ لم يوجد من المالك طلب وأيضاً عند وجود المثل لم ينتقل وعند علمه لاقية له الى هنا كلامه وقال بهن في الفقه لا بعد نقل كلام صدر الشريعة ويمكن أن يجاب عنه بما ذكر في النهاية حيث قال وحده الانقطاع ما ذكره أبو بكر

(ولمعه داخل) كلامه فيه واضح  
 قيل انما قدم قول أبي يوسف  
 لتثبت الاقوال بحسب ترتيب  
 الزمان على تلك الاقوال فان  
 اول الاوقات يوم الغصب ثم  
 يوم الانقطاع ثم يوم الخصومة  
 وابراد الاقوال على هذه  
 الازيمة لم يأت بالانقديم  
 قول أبي يوسف وان كان  
 الثاني فعليه قيمة يوم غصبه  
 قال المصنف رحمه الله  
 (معناه) أي معنى قوله  
 لا مثل له (لعددات المتفاوتة)  
 وتحقيقه أن معناه الشيء  
 الذي لا يضمن مثله من جنسه  
 لان الذي لا مثل له على  
 الحقيقة هو الله تعالى وذلك  
 كالعديدات المتفاوتة مثل  
 الدواب والنبات وانما وجب  
 قيمته (لتعذر مراعاة الحق في  
 الجنس فيراعى في المالية  
 وحدها دفعا للضرر بتقدير  
 الامكان

ولمعدن الواجب المثل في الذمة وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع فتعتبر قيمته يوم الانقطاع ولا يبي  
 حنيفة أن النقل لا يثبت بمجرد الانقطاع ولهذا الوصل الى أن يوجد جنسه له ذلك وانما ينتقل بقضاء  
 القاضي فتعتبر قيمته يوم الخصومة والقضاء بخلاف ما لا مثل له لانه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد  
 فتعتبر قيمته عند ذلك قاله (وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه) معناه العديدات المتفاوتة لانه  
 لما تعذر مراعاة الحق في الجنس فيراعى في المالية وحدها دفعا للضرر بتقدير الامكان  
 الثلجي وهو أن لا يوجد في السوق الذي يباع فيه وان كان يوجد في السوق وعلى هذا انقطاع الدراهم اه  
 وقد سبقه الى هذا الجواب صاحب الاصلاح والايضاح (أول) ويمكن رد هذا الجواب بأن  
 يجوز أن يكون مراد صدر الشريعة بالمعدوم ما هو معدوم في السوق الذي يباع فيه لا المعدوم في  
 الخارج مطلقا وكأنه لهذا قال وفي المعدوم هذا تعذرا ومتعسر يعني أنه بعد ما عدم في السوق  
 الذي يباع فيه ان لم يوجد في البيوت أيضا تعذر التقويم وان جديها يتعسر التقويم لان معيار  
 تقويم القومين هو السوق الذي يباع فيه الاشياء وفي غيه ذلك لا يتيسر التقويم المبادل وكذا  
 مراده بعدم بقاء شيء في قوله لم يبق شيء من نوعه في يوم الخصومة عدم بقاء شيء في السوق الذي يباع فيه  
 فعلى هذا لا يمكن الجواب عنه بما ذكره أبو بكر الثلجي في هذا الانقطاع كما لا يخفى قوله بخلاف ما لا  
 مثل له لانه مطالب بالقيمة بأصل السبب كما وجد فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول فيه اشكال لان  
 هذا لا يتم على ما سيجي وعن قريب من أن الموجب الاصل في الغصب على ما قاله هورد العين  
 وانما رد القيمة مخلص خلفا اذا المطالب بأصل السبب حينئذ فيما لا مثل له أيضا انما هورد العين لانه  
 الواجب الاصل مطلقا وانما ينتقل الى القيمة بهلاك العين فينبغي أن تعتبر قيمته وقت هلاك عينه لا وقت  
 وجود أصل السبب وهو الغصب ألا يرى أن الواجب بعده هلاك العين فيما له مثل هو المثل في الذمة  
 وانما ينتقل الى القيمة بالانقطاع عند محو فتعتبر قيمته وقت الانقطاع عنده وبقضاء القاضي عند أبي  
 حنيفة فتعتبر قيمته وقت الخصومة والقضاء عنده ولا تعتبر قيمته وقت وجود أصل السبب عند أحد  
 منهم ما وبالجمله الفرق بين ما لا مثل له وبين ماله مثل على قول أبي حنيفة ومحمد بأن القيمة تعتبر في الاول  
 عند وجود أصل السبب وفي الثاني عند الانتقال الى القيمة غير واضح على ما قاله ان الموجب الاصل في  
 الغصب مطلقا هورد العين وانما رد القيمة مخلص خلفا كما سيجي وأما على ما قبله من الموجب الاصل هو  
 القيمة ورد العين مخلص كما سيجي وأيضا لا يتم دليل أبي حنيفة ولا دليل محمد رأسا في كل منهما انصرح  
 بأن الموجب الاصل في الغصب غير القيمة وانما ينتقل اليها بأمر عارض فالغام لا يخلو عن الاشكال على  
 كل حال (قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه معناه العديدات المتفاوتة) يعني معنى قول القدوري في  
 مختصره ما لا مثل له العديدات المتفاوتة قال صاحب العناية أخذ من النهاية وتحقيقة أن معناه الشيء  
 الذي لا يضمن مثله من جنسه لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى وذلك كالعديدات المتفاوتة  
 مثل الدواب والنبات اه (أقول) هذا الذي عدمه تحقيقة عما لا طائل تحت بل لا حاصل له لانه ان أراد  
 بالشيء الذي لا يضمن مثله من جنسه ما لا يكون له مثل من جنسه ولا يضمن مثله من جنسه فينا فيه تعمله  
 بقوله لان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله تعالى لان ما لا يكون له مثل من جنسه لا يكون له مثل من غير  
 جنسه أيضا بالاولوية فلا يكون له مثل أصلا وقد قال في التعديل ان الذي لا مثل له على الحقيقة هو الله  
 تعالى فكيف يتصور أن يكون ذلك معنى قوله لا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يوم غصبه وان  
 أراد بذلك ما لا مثل من جنسه ولكن لا يضمن مثله من جنسه بل يضمن بقيته كما هو الظاهر من تعمله  
 فعلى تقدير أن يكون هذا معنى قول القدوري ما لا مثل له في قوله وما لا مثل له فعليه قيمته يلزم الاختلال  
 في وضع المسئلة اذ يصير حينئذ معنى المسئلة وما لا يضمن مثله من جنسه بل يضمن بقيته فعليه قيمة

قال المصنف (لانه مطالب  
 بالقيمة بأصل السبب كما وجد  
 فتعتبر قيمته عند ذلك) أقول  
 فيه بحث فانه مطالب بالعين  
 اذا كانت قائمة على القول  
 الاقوى (قوله لان الذي  
 لا مثل له على الحقيقة هو  
 الله تعالى) أقول اذا اجسام  
 متماسكة لتجانس الجواهر  
 الفردة والمجردات غير ثابتة  
 (قوله وذلك كالعديدات الخ)  
 أقول أشار به - وله ذلك الى  
 الشيء في قوله أن معناه  
 الشيء الذي الخ

أما العددي المتقارب (فهو كالملكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت) قبل وانما اقتصر على الملكيل ولم يقل والموزون لان من الموزونات ما ليس بمثل وهو الذي في تبعيضه ضرر كالصوغ من القمم والطشت وليس بواضح لان من الملكيل ما ليس كذلك كالبخر الخلوط بالشعير فانه لا يمثل له فقيه القيمة وان كان الاول فعلى الغاصب رد العين ولعمري أن تقديم هذا القسم كان أنسب فتأمل (قوله صلى الله عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترد) وقال صلى الله عليه وسلم لا يحل لاحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا فان أخذه فليرده عليه) وهو واضح ورواية الفائق والمصايح بدون حرف العطف وحرف النفي ومعناه أن لا يريد بأخذه سرقته ولكن ادخال الغيظ (٣٠٦٦) على أخيه فهو لا لعب في مذهب السرقه جاذ في ادخال الأذى عليه أو قاصد للعب

وهو يريد أنه يجز في ذلك  
أما العددي المتقارب فهو كالملكيل حتى يجب مثله لقلة التفاوت وفي البر الخلوط بالشعير القيمة لانه لا يمثل له قال (وعلى الغاصب رد العين المغصوبة) معناه مادام قائما بقوله عليه الصلاة والسلام على اليد ما أخذت حتى ترد وقال عليه الصلاة والسلام لا يحل لأحد أن يأخذ متاع أخيه لاعبا ولا جادا فان أخذه فليرده عليه ولان اليد حق مقصود وقد فوتها عليه فيجب اعادة الباقي اليه وهو الموجب الاصل على ما قالوا ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذا الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصل القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام

أي يضمن بقيمة في شبه جواب المسئلة بلغوم الكلام لكونه معلوما بصدر المسئلة وبالجملية تفسير ما لا يمثل له في هذه المسئلة بما لا يضمن مثله كفاعله صاحب العناية والنهاية وكذا تفسير ما له مثل في المسئلة الاولى بما يضمن مثله كفاعله صاحب العناية بما لا تقبله فطرة سليمة لاستلزامه اعتبار جواب المسئلة في صدر المسئلة فيكون معنى قولهم في المسئلة الاولى أنه ضار من غصب شيأه مثل فهل في يده فعليه ضمان مثله ولا يخفى ما فيه من الاستدراك واللاغية فالحق عندي أن المراد بما له مثل في المسئلة الاولى ماله مثل صورة ومعنى وهو المثل الكامل الذي ينصرف اليه المثل عند الاطلاق وبما لا يمثل له في هذه المسئلة ما لا يمثل له صورة ومعنى وان كان له مثل معنى فقط وهو القيمة التي هي المثل القاصر وقد أفصح عن نوعي المثل في الكافي حيث قال من قبل ان المثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وهو الاصل في ضمان العدوان حتى صار بمنزلة الاصل وقاصر وهو المثل معنى وهو القيمة والقاصر لا يكون مشروعا مع احتمال الاصل لانه خلف عن المثل الكامل اه فصبر معنى هذه المسئلة وما لا يكون له مثل كامل فعليه مثله القاصر وهو القيمة فينتظم المقام بلا كلفة قال في الكافي بعد ذكر مسئلتنا هذه وقال مالك يضمن مثله صورة من جنس ذلك لما اتلفنا ولنا ما روى عن شريح من كسر عصا فهس له وعليه قيمتها وهو المراد بالمثل المذكور في النص اه (أقول) يرد عليه أنه لو كانت القيمة هي المراد بالمثل المذكور في النص وهو قوله تعالى فمن اعتدى عليك فاعندوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم لما تم الاستدلال بذلك النص الشريف على وجوب ضمان المثل صورة ومعنى على من غصب شيأ له مثل كالملكيل والموزون فهل في يده وقد مر الاستدلال به على ذلك في المسئلة الاولى وهو الذي أشار اليه في الكافي وغيره بقوله لما اتلفنا فتدبر (قوله أما العددي المتقارب فهو كالملكيل) قال في النهاية وانما اقتصر على الملكيل ولم يقل كالملكيل والموزون لان من الموزونات ما ليس بمثل

ليغبطه (ولان اليد حق مقصود) بدليل جواز اذن العبد في التجارة فانه لا حكم لشرائه في حقه سوى التصرف باليد لا سيما اذا كان مدبونا فانه ليس هنالك شائبة النيابة عن المولى في التصرف فعلم أن البدق مقصود (وقد فوتها عليه فيجب) عليه (اعادتها بالردالية وهو الموجب) أي رد العين هو الموجب (الاصل على ما قالوا) ورد القيمة مخلص خلفا لانه قاصر اذا الكمال في رد العين والمالية وقيل الموجب الاصل القيمة ورد العين مخلص ويظهر ذلك في بعض الاحكام

(قوله قبل وانما اقتصر على قوله والطشت) أقول الا أن بينهما فارقا فان البخر والشعير مختلفان من الاصل بخلاف القمم والطشت المعمولين من

أصل واحد كالنحاس فان اختلافهما ليس بالاختلاف الصفة (قوله ولعمري أن تقديم هذا الخ) أقول وهو وانما قدم المصنف ما قدمه اهتماما بالكثرة الخلاف فيما يتعلق به وكون الكتاب من الخلافات فتأمل (قوله كان أنسب) أقول لانه موجب قال المصنف (ويظهر ذلك في بعض الاحكام) أقول منها الوأبرأه عن الضمان حال قيام العين يصح حتى لو هلك بعده لا يجب الضمان ولولا أن الواجب الاصل القيمة لما صح ذلك ومنها لو كسرت بالمغصوب يصح ولو لم يكن الضمان واجبا لكان كفاية بالعين وذلك لا يصح ومنها أنه لا يجب الزكاة على الغاصب في نصاب يد الغاصب اذا انتقص ذلك النصاب بمقابله وجوب قيمة المغصوب حال قيام المغصوب كذا ذكره في النهاية والجواب انما هو بعرضية أن يوجد له شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك (قوله لانه قاصر الخ) أقول يعني لان رد القيمة قاصر

فمنها ما إذا أرى الغاصب عن الضمان حال قيام العين فإنه يبرأ حتى لو هلك بعد ذلك لا ضمان عليه ولو لم يكن وجوب القيمة على الغاصب في الحال ثابتاً لم يصح الإبراء لأن الإبراء عن العين لا يصح ومنها مسألة الكفالة مع أن الكفالة لا تصح بالعين ومنها وجوب الزكاة إن الغاصب إذا كان له نصيب في ملكه وقد غصب شيئاً وهو قائم في يده لا يجب عليه الزكاة إذا انتقص النصيب بمقابله وجوب قيمة المغصوب قبل والصحيح هو الأول لأن الموجب الأصلي لو كان القيمة لجاز للغاصب أن يمتنع عن رد العين إذا قدر على القيمة لأن المسبر إلى الخلف إنما يكون عند عدم القدرة على الأصل وليس كذلك والجواب عن مسألة الإبراء إنما هو بعرضية أن يوجد فله شبهة الوجود في الحال والقيمة كذلك فكان الإبراء صحيحاً من ذلك الوجه وقد قررنا ذلك في التفرير والافوار وعن مسألة الكفالة أن الكفالة بالأعيان المنهونة بنفسها صحيحة والمغصوب منها قد تنقده في الكفالة وعن مسألة الزكاة بما ذكرنا في مسألة الإبراء (ثم الواجب الرد في المكان الذي غصبه لتفاوت القيم بتفاوت الأما كن فان ادعى (٣٦٧) هلا كه حبسه الحاكم حتى يعلم

(والواجب الرد في المكان الذي غصبه) لتفاوت القيم بتفاوت الأما كن (فان ادعى هـ لا كهـا حبسه الحاكم حتى يعلم أنها لو كانت باقية لأظهرها ثم قضى عليه ببذلها) لأن الواجب رد العين والهـلاك يعارض فهو يدعى أمراً عارضاً خلاف الظاهر فلا يقبل قوله كما إذا ادعى الألفـلاس وعليه ثمن متاع فيحبس إلى أن يعلم ما يدعيه فإذا علم الهلاك سقط عنه رده فيلزمه رد بده وهو القيمة قال (والغصب فيما ينقل ويحول)

وهو الموزون الذي في تبعينه ضرر كالمصوغ من القمح والطشت اهـ (أقول) لقائل أن يقول لو كان اقتصره على المكمل لذلك الشيء الذي ذكره لاقتصر عليه فيما مر أيضاً حيث قال ومن غصب مثله مثل المكمل والموزون فهلك في يده فعليه مثله وليس فليس وأورد عليه صاحب العناية بوجه آخر حيث قال بعد نيل ما في النهاية بقبول وليس بواضح لأن من المكمل ما هو كذلك كالمخلوط بالشعير فانه لا مثله ففيه القيمة اهـ (أقول) يمكن أن يجاب عنه بأن الظاهر أن مراد المصنف بالمكمل في قوله أما العـددى المتقارب فهو المكمل حتى يجب مثله لثقل التفاوت هو المكمل من جنس واحد بقرينة قوله بعده وفي البراء المخلوط بالشعير القيمة لأنه لا مثله له وبقرينة شهرة اعتبار الجنس مع المكمل في تحقق المماثلة في المكمل كما تقرر في باب الرابـع من السـيـوع (قوله والغصب فيما ينقل ويحول) أي الغصب يتقرر فيما ينقل ويحول بدليل قوله لأن الغصب بحقيقته ويتحقق فيه كذا في معراج الدراية ثم إن المقصود بان تحقق الغصب فيما ينقل ويحول دون غيره لا بيان مجرد تحققه في المنقول إذ لا خلاف فيه ولا اشتباه وتماثل في عدم تحققه في غير المنقول فهو المقصود الأصلي بـإيـانـهـا فـالـقـصـر مـعـتـبر في التركيب المـأـذـن كـو راعى قوله والغصب فيما ينقل ويحول كما أشار إليه تاج الشريعة حيث قال في نفسه ذلك أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره وأشار إليه صاحب العناية أيضاً حيث قال في نفسه ذلك أي تحقق الغصب في المنقول دون غيره وأشار إليه صاحب العناية أيضاً حيث قال الغصب كائن فيما ينقل ويحول لاني العـقـار لـيـه المـصـنـف نـنـسـه

ثم لو كنت باقية لأظهرها) ومقدار ذلك مقبوض إلى رأي الحاكم وهذا إذا لم يرض المالك بالقضاء بالقيمة فان رضى أو حبسه الحاكم مدة ولم يظهرها (قضى عليه ببذلها) بما اتفق عليه من القيمة أو أقام المالك بينة على ما يدعيه من القيمة (لأن الواجب رد العين والهـلاك يعارض فالغاصب يدعى أمراً عارضاً خلاف الظاهر فلا يقبل قوله) وكلامه ظاهر فان قيل ذكر في الذخيرة في السير أن الغاصب إذا غصب المغصوب والقاني يقضى عليه بالقيمة من غير تلوم فما وجهه قيل في المسئلة روايتان وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز والمذكور في الكتاب جواب الأفضل

قال (والغصب فيما ينقل ويحول المح) الغصب كائن فيما ينقل ويحول في العقار وهو كل ماله أصل كالدار والضيعة والنقل والتحويل واحد وقيل التحويل هو النقل من مكان والاثبات في مكان آخر كما في حوالة الباذنجان والنقل يستعمل بدون الاثبات في مكان آخر

(قوله إذا انتقص النصيب بمقابله وجوب قيمة المغصوب) أقول كما إذا انتقص بالدين (قوله قبل والصحيح) أقول القائل هو الانقاضي (قوله لأن المصير إلى الخلف إنما يكون عند عدم القدرة على الأصل وليس كذلك) أقول رده العـلـامـة الزبـلـعي وقال كونه لا يـصـار اليـه مـع القـدرة على رد الدين لا يدل على أنه ليس بأصل كالمظهر مع الجمعية فإن الظاهر هو الأصل والجمعية خلف عنه ولا يصار إليه الا عند العجز عن إقامتها إلى ما عارته وإن تقول ثبت ذلك على خلاف التماس بالنص فيقتصر على مورد (قوله وعن مسألة الكفالة أن الكفالة بالأعيان المنهونة بنفسها صحيحة) أقول وأنت خير بأدب يجوز أن يجاب عن هذه المسئلة بما أجيب به عن مسألة الإبراء (قوله وقيل المذكور في الذخيرة جواب الجواز) أقول يعني لو ضـر به تلوم يـجـوز (قوله والمذكور في الكتاب جواب الأفضل) أقول يعني الأفضل هو التلوم قال المصنف (والغصب فيما ينقل ويحول) أقول والغصب مبتدأ وقوله فيما ينقل خبره



(لان الغصب بحقيقته) حواله (يتحقق في المنقول دون غيره لان ازالة اليد بالنقل) ولا نقل في العقار والغصب بدون الازالة لا يتحقق (فا) غصب عقار افهالك في يده بغير منعه لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله وقال محمد رحمه الله يضمنه وهو قول أبي يوسف الاول والشافعي رحمه الله لتحقيق (٣٦٨) اثبات اليد بالسكنى ووضع الا متعة وغير ذلك (ومن ضرورته زال بيد المالك

لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل (واذا غصب عقار افهالك في يده لم يضمنه) وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد يضمنه وهو قول أبي يوسف الاول وبه قال الشافعي لتحقيق اثبات اليد ومن ضرورته زال بيد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة فيتحقق الوصفان وهو الغصب على ما بيناه من احوال المنقول وجود الوديعة

حيث قال في تعليل ذلك لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره قلت بقي الكلام في أن أداة القصر في التركيب المزبور ماذا فعلها هي تعريف المسند اليه بلام الجنس فانه يفيد قصر المسند اليه على المسند كما صرحوا به في علم الادب ومشناه بنحو التوكل على الله والكرم في العرب والامام من قريش (قوله لان الغصب بحقيقته يتحقق فيه دون غيره لان ازالة اليد بالنقل) أقول لقائل أن يقول هذا القدر من الدليل بدون التفصيل الا في دليل عدم الضمان في غصب العقار لا يفيد المدعى ههنا كما لا يخفى على من أحاط بحقيقة المقام خبرا وبذ كر التفصيل الا في هنالك يستغنى عن ذكر الدليل ههنا فالاحسن أن يكتب في محاسن في تعليل جواب مسألة غصب العقار المتفرعة على الاصل المذكور ههنا كما كتفي بيان الخلاف هنالك عن بيانه ههنا فان الخلاف المذكور هنالك متحقق ههنا أيضا لاجتماع (قوله واذا غصب عقار افهالك في يده لم يضمنه) أقول كان اللائق بالمصنف أن يذكر الفاء بدل الواو في قوله واذا غصب عقار الخ لان هذه المسئلة متفرعة على ما سبق من الاصل فينبغي أن يظهر علامة التفرع في اللفظ كما وقع في سائر الكتب قد كرت كلمة الفاء في مامتها وكلمة حتى في المحيط حيث قال فيه وشرطه عند أبي حنيفة كون المأخوذ منقولاً وهو قول أبي يوسف الا يخرج حتى أن غصب العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف في قوله الا يخرج لا يعقد موجبا للضمان اهـ والعجب أن كلمة الفاء كانت مذكورة في مختصر القدر في بدلها المصنف بالواو في البداية والهداية \* ثم أفرل المراد بالغصب في قوله واذا غصب عقار هو الغصب اللغوي دون الغصب الشرعي فلا يتجه أن يقال قد تقرر فيما مر أن حكم الغصب مطلة عند هؤلاء العيين المغصوبة في يد الغاصب هو الضمان فكيف يصح الحكم ههنا بعدم الضمان في غصب العتار وهلا كه في يد الغاصب لان الضمان انما هو حكم الغصب الشرعي دون اللغوي والمتحقق ههنا هو الثاني دون الاول فلانما فاة قال بعض القضاة اطلاق لفظ الغصب ههنا مجاز على سبيل المشاكلة اهـ (أقول) فيه أن لصير الى المجاز انما هو عند تعذر الحقيقة وههنا الحقيقة اللغوية تيمم فلا يصار الى المجاز اللهم الا أن يريد بالمجاز المجاز بالنظر الى الوضع الشرعي دون المجاز المطلق فلا ينافي كونه حقيقة بالنظر الى الوضع اللغوي ولكن حق الاداء ما قدمناه كما لا يخفى وقال صاحب غايه البيان وقد اختلفت عبارات المشايخ في غصب الدور والعنار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فتشاور بعضهم في حق فيها الغصب ولكن لا على وجهه بوجوب الضمان واليه مال التدوري في قوله واذا غصب عقار افهالك في يده لم يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف لانه اثبت الغصب ونفي الضمان وقال بعضهم لا يتحقق اصله واليه مال أكثر المشايخ اهـ كلامه (أقول) فيه نظر لانه ان أراد أن بعضهم قال يتحقق الغصب الشرعي على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فلان لم ذلك اذ لم يقل أحداً ان الغصب الشرعي يتحقق عندهما فيما كيف ولو قاله لما صح منه أن يقول لا على وجهه بوجوب

لاستحالة اجتماع اليدين) من جنس واحد (على محل واحد في حالة واحدة) وانما قيل من جنس واحد احترازاً عما اذا آجر داره من رجل فانها في يد المستأجر حقيقة وفي يد الايجار كما لكم ما يدان مختلفان (فيتحقق الوصفان) يعني ازالة يد المالك واثبات يد الغاصب (وهو الغصب) أي تحقق الوصفين هو الغصب (على ما بيناه من احوال المنقول) في تحقيق الوصفين (وجود الوديعة) في العقار فانه اكان وديعة في يد شخص فحده كان ضامناً بالاتفاق فالقول بالضمان في هذه الصورة وقد ثبت أن جهود الوديعة غصب مع عدم القول به في غير صورة الجرد تناقض ظاهر وكان التكلف باثبات ازالة اليد من جانب الشافعي للالزام لانه يكتب في الغصب باثبات اليد الباطلة كما تقدم

(قوله لان الغصب بحقيقته الخ) أقول تعليل لقوله الغصب كائن فيما ينقل ويجوز لافي العقار قال المصنف ( واذا غصب

عقارا) أقول اطلاق لفظ الغصب ههنا مجاز على سبيل المشاكلة قال المصنف (لتحقيق اثبات اليد ومن ضرورته زال بيد المالك) أقول هو لتعليل قول محمد لا لتعليل قول الشافعي فان غصبه يتحقق الغصب باثبات اليد بدون ازالة يد المالك كذا في شرح السكاكي وقال الاكمل وكان التكلف باثبات اليد الباطلة كما تقدم

(ولاي حنيفة وأبي يوسف أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك) أي بسبب ذلك (وهذا) أي هذا المجموع (لا يتصور في العقار لان يذ المالك لا تزول الا باخراجه) أي باخراج المالك (عنها) أي عن العقار يعني الضيقة أو الدار (وهو) أي الاخراج (فعل في المالك لا في العقار) فانتفى ازالة اليد والسكن ينتفي بانتفاء جزئه (فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي) حتى نلتفت فان ذلك لا يكون غصباً لها (وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجود عنوة) إذ كرفي المختلفات أن الودعة لو كانت عقاراً لا يضمن وان محدود كرفي المبسوط والاشيح أن يقال بحود الودعة بمنزلة الغصب فلا يكون موجبا للضمان في العقار في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رجحما الله (ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجود تارك لذلك) قال (وما نقصه منه بفعله أو سكناء ضمنه) وما نقصه الغاصب من العقار بفعله أو سكناء ضمنه في قولهم جميعاً أما على قول محمد والشافعي رجحما الله فظاهر وأما على قول أبي حنيفة وأبي يوسف رجحما الله فلا أنه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين قال المصنف رحمه الله (و يدخل فيما قاله) يعني القدر الذي (اذا انهدمت الدار بسكناء وعمله) بأن كان عمله الحدادة أو القصرة فوهي جدار الدار بسبب ذلك وانهدم كان مضروباً عليه وانما قيد بذلك لانه اذا انهدمت الدار بعد ما غصبها وسكن فيها لا يسكنها وعمله بل بأقفة سماوية فلا ضمان عليه عند أبي حنيفة وأبي يوسف (٣٦٩) (فلو غصب داراً وابعها وسلمها وأقر

بالغصب ولا يثبت لصاحب الدار) على أنها ملكه (فهو على الاختلاف في الغصب) لا يضمن البائع للمالك شيئاً عند أبي حنيفة وأبي يوسف رجحما الله لان البيع والتسليم غصب وهو لا يتحقق موجبا للضمان في الغصب عندهما خلافاً لمحمد رحمه الله وقيد بقوله ولا يثبت لان اقرار البائع بالغصب في حق المشتري باطل فاذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب وأما اذا كان له بينة أمكنه أن يقيمها على أن الدار ملكه ويأخذها من المشتري فلا يضمن البائع بالاتفاق وقوله (هو الصحيح) يحتمل أن يكون

ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار فصار كما اذا بعد المالك عن المواشي وفي المنقول النقل فعل فيه وهو الغصب ومسئلة الجود عنوة ولو سلم فالضمان هناك بترك الحفظ الملتزم وبالجود تارك لذلك قال (وما نقصه منه بفعله أو سكناء ضمنه في قولهم جميعاً) لانه اتلاف والعقار يضمن به كما اذا نقل ترابه لانه فعل في العين ويدخل فيما قاله اذا انهدمت الدار بسكناء وعمله فلو غصب داراً وابعها وسلمها وأقر بذلك والمشتري ينكر غصب البائع ولا يثبت لصاحب الدار فهو على الاختلاف في الغصب هو الصحيح

الضمان فان وجوب الضمان عند هلاك المصوب في يد الغاصب حكمه مرتبط بطلان الغصب الشرعي لا يتخلف عنه عند أحد وانما المراد بالغصب في عبارة من أثبت الغصب ونفي الضمان هو الغصب اللغوي دون الشرعي كما بيناه وان أراد أن بعضهم قال يتحقق فيها الغصب اللغوي ولا وجوب الضمان وبعضهم قال لا يتحقق فيها الغصب اللغوي أيضاً لأن سلم أن أحداً قال ان الغصب اللغوي لا يتحقق فيها لان الغصب اللغوي على ما حرر في صدر الكتاب أخذ الشيء من الغير على سبيل التغلب ولا شك في تحقق هذا المعنى في العقار اذ لم يعتبر فيه ازالة يد المالك أصلاً فضلاً عن ازالة يده بفعل في العين كما هو المانع عن تحقق الأصل الشرعي عندهما في العقار على ما ستعرفه فلا يصح مدعى له أدنى تميزاً نكار تحقق الغصب اللغوي في العقار فضلاً عن مثل مشابهة هؤلاء الأجلاء (قوله ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين وهذا لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه عنها وهو فعل فيه لا في العقار) قال صاحب العناية في حل هذا المحل ولا يبي حنيفة وأبي يوسف أن الغصب اثبات

(٤٧ تكمله سابع) احترازاً عن قول بعضهم بأن في مسألة البيع والتسليم الضمان على البائع بالاتفاق فان قيل اذا شهد ايدار لانسان وقضى له به ثمر جعاضهما قيمتهما المشهود عليه بالاتفاق واتلافهما كاتلاف البائع بالبيع والتسليم ولا ضمان فيه عندهما أجيب بأن مسألة الشهادة على قول محمد وعلى تقدير أن يكون قول الجميع فالفرق بين المسئلتين أن الاتلاف في مسألة الشهادة حصل بشهادتهما حتى لو أقام البينة على المالك لنفسه لا تقبل بينته والعقار يضمن بالاتلاف وأما في مسئلتنا فان الاتلاف لم يحصل بالبيع والتسليم بل بعجز المالك عن اثبات ملكه بينته ألا ترى أنه لو أقام البينة على أنه ملكه قضى له بها فلهذا لا يكون البائع ضامناً

قال المصنف (ولهما أن الغصب اثبات اليد بازالة يد المالك بفعل في العين) أثبت كون ازالة يد المالك بفعل في العين بمعنى ثبت بل مفهوم ازالة اليد متحقق في اخراج المالك أظهر ويجوز أن يقال الواجب ضمان المحل فاذا لم يكن له فعل في المحل بل في ملكه لا يجب ضمان المحل قال المصنف وهذا لا يتصور في العقار) أقول للغصم أن يقول ان البين في انتفاء اثبات اليد فتأمل (قوله أي بسبب ذلك) أقول نعم تأمل فان السببية غير ظاهرة بل الظاهر أنهم اللاصاق أو الصاحبة (قوله فاذا لم يكن للمالك بينة تحقق الغصب) أقول فيه بحيث (قوله لو أقام البينة) أقول يعني المالك (قوله على المالك لنفسه) أقول يعني بعد الشهادة والقضاء

قال (واذا انتقص بالزراعة يغرم النقصان) لانه أتلف البعض فأخذ رأس ماله ويتصدق بالفضل قال (وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وقال أبو يوسف لا يتصدق بالفضل) وسند كراوجه من الجانبين قال (واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله أو بغيره عمله ضمنه)

اليد بازلة اليد المالك أي بسبب ذلك وهذا أي هذا المجموع لا يتصور في العقار لان يد المالك لا تزول الا باخراجه أي باخراج المالك عنها أي عن العقار بمعنى الضيعة أو الدار وهو أي الاخراج فعل في المالك لا في العقار فانتفى ازالة اليد والكل ينتفي بانتفاء جزئه اه (أقول) في تقريره قصور أما أولاً فلا أنه جعل الباء في قول المصنف بازلة اليد المالك للشيئية وليس بواضح اذ على تقدير تحقق السببية بين اثبات يد الغاصب وبين ازالة يد المالك كان السبب هو اثبات يد الغاصب دون ازالة يد المالك لكون الاول وجودياً وأصلاً صادراً من الغاصب والثاني أمراً عدمياً متفرعاً على الاول وأيضاً لو كان الباء المزبورة للشيئية كان معنى كلام المصنف ولهما أن الغصب اثبات اليد المسبب عن ازالة يد المالك بفعله في العين فلا يفهم منه كون الغصب عندهما مجموع اثبات اليد العادية وازالة يد المالك بفعله في العين كما هو المذهب فلو وجه أن يكون الباء مفعلاً للمصاحبة فيكون المعنى ولهما أن الغصب اثبات اليد مع ازالة يد المالك بفعله في العين فيتمتد ينتظم المعنى ويحصل المقصود وأما ثانياً فلا أن المتبادر من قوله فانتفى ازالة اليد بدون التقييد أن لا تتحقق ازالة اليد أصلاً في غصب العقار عندهما وليس كذلك اذ قد مر في تعليل قول محمد أن من ضرورة اثبات اليد زوال يد المالك لاستحالة اجتماع اليدين على محل واحد في حالة واحدة وفي تعليل قوله ما ههنا لم يتعرض لنفي تلك المقدمة وليست بتساقط للنفي والمنع لتقريرها وبداها فلا جرم كانت مسئلة عندهما أيضاً فكيف يتم تقرير دليلهما بما بوجهه شعر بانتفاء ازالة اليد أصلاً في غصب العقار فالاولى في تقرير دليلهما ما وحل كلام المصنف ههنا أن يقال ولهما أن الغصب اثبات اليد العادية مع ازالة يد المالك بفعله في العين لا مع ازالة يد المالك مطلقاً أي سواء كانت بفعله في العين أو بفعله في المالك وما كان من ضرورة اثبات اليد انما هو زوال يد المالك مطلقاً لا زوالها بوجه خاص وهو أن يكون بفعله في العين وهذا يعني مجموع ما اعتبر في حقيقة الغصب من ازالة اليد العادية مع ازالة يد المالك بفعله في العين لا يتصور في العقار لان يد المالك في العقار لا تزول الا باخراج المالك عنها أي عن العين المغصوبة وهو أي ذلك الاخراج فعل في المالك لا في العقار فلم يوجد فيه ازالة يد المالك بفعله في العين فلم يتحقق فيه حقيقة الغصب فلم يلزم الضمان عنده لا كما في بد لا أخذ وبهذا التقرير يثبت مدعى الامام الاعظم والامام الثاني ويخرج الجواب عما ذكر في دليل امامنا الثالث والشافعي كما لا يخفى على ذي فطرة ساجدة واستشكل بعض الفضلاء هذا التعليل حيث قال ليت شعري بأي دليل ثبت كرون ازالة يد المالك بفعله في العين ومتى ثبت بل مفهوم ازالة اليد حقيقة في اخراج المالك اظهر اه (أقول) قد ثبت ذلك بدليل ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما أبو حنيفة وأبو يوسف فزاعل على أصلهما أن الغصب ازالة يد المالك عن ماله بفعله في المال ولم يوجب بد في العقار والدليل على أن هذا شرط تحقق الغصب الاسـة دلالة بضممان الغصب فان أخذ الضمان من الغاصب تفويت يده عنه بفعله في الضمان فيه تدعى وجود مثله منه في المغصوب ليكون اعتداه بالمثل الى هنا كلامه فتأمل ثم أورد ذلك البعض على قول المصنف في تعليل قوله ما وهذا لا يتصور في العقار بأن قال للخصم أن يقول انما يلزم فيه لانتفاء اثبات اليد فتأمل اه (أقول) ليس هذا بشئ اذ ليس في الخصوم من يسكر تحقق اثبات اليد فيه ولا من يقول بعدم الضمان فيه كما عرقه آنفاً فكيف يتصور أن يقول الخصم

(وان انتقصت بالزراعة يغرم النقصان) ويعرف النقصان بأن ينظر ربكم تستأجر هذه الارض قبل استعمالها وبكم تستأجر بعد استعمالها فتفاوت ما بينهما من نقصانها وهذا قول نصير بن يحيى وكلامه واضح قال (واذا هلك النقلي في يد الغاصب بفعله أو بغيره عمله ضمنه)

وذ كراختلاف النسخ وبين المراد واستدل بقوله (لان العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعنده العجز عن رده تجب القيمة)  
يعنى على رأى من يرى أن الموجب الاصل في الغصب رد العين ورد القيمة مخلص خلفا (أو بتقرر) أى القيمة (بذلك السبب) يعنى على رأى  
من يرى أن الاصل هو القيمة ورد العين خاف منه فان ملك العين تقررت القيمة عليه كما كانت واجبة عند الغصب (ولهذا) أى ولا يكون  
الغصب السابق هو السبب (تعتبر قيمته يوم الغصب) ولا فصل في ذلك بين ما يكون الهلاك بفعله أو بفعل غيره (وان نقص) المغصوب (في يد  
الغاصب) ولم ينجر نقصانه بوجه آخر (ضمن النقصان) سواء كان النقصان في بدنه مثل أن كان جارية فاعورت أو ناهضة الثديين فأنكسر  
ثديها أو في غير بدنه مثل أن كان عبدا محترقا فأنسى الحرفة (لأنه دخل في ضمانه بجميع) (٣٧١) أجزائه بالغصب (وقد فات منه جزء

(٢) تعذر رده عنه و (ما تعذر  
رده عنه يجب رده قيمته) وأما  
إذا انجر نقصانه مثل أن ولدت  
المغصوبة عند الغاصب  
فردها وفي قيمة الولد وفاة  
بنقصان الولادة فلا يضمن  
الغاصب شيئا عندنا خلافا  
لرأى من رده الله فان كان  
النقصان بتراجع السعر  
فلا يخلو أما أن يكون الرد  
في مكان الغصب أو لا فان  
كان فيه فلا ضمان عليه  
لان تراجع السعر يقتور  
الرجبات لا بفوات جزئها  
لم يكن فيه يخرى المالك بين  
أخذ القيمة والانتظار الى  
الذهاب الى ذلك المكان  
فيسترده لان النقصان  
حصل من قبل الغاصب  
بنقله الى هذا المكان  
فكان له أن يلتزم الضرر  
ويطالبه بالقيمة وله أن  
يتنظر فقوله (بمخلاف تراجع  
السعر) متعلق بقوله فما  
تعذر رده عنه يجب رد

وفي أكثر نسخ المختصر وإذا ملك الغصب والمنقول هو المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل وهو ذا لان  
العين دخل في ضمانه بالغصب السابق اذ هو السبب وعنده العجز عن رده يجب رد القيمة أو بتقرر بذلك  
السبب ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب (وان نقص في يده ضمن النقصان) لأنه يدخل جميع أجزائه  
في ضمانه بالغصب فما تعذر رده عنه يجب رده قيمته بمخلاف تراجع السعر اذا رد في مكان الغصب  
لأنه عبارة عن فتور الرغبات دون فوت الجزء وبمخلاف المبيع لأنه ضمان عقد أما الغصب فقبض  
والاوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف

انما يضمن به لا لتفاه آيات اليد (قوله وفي أكثر نسخ المختصر وإذا ملك الغصب والمنقول هو  
المراد لما سبق أن الغصب فيما ينقل) أقول لقائل أن يقول ان أراد أن الغصب الشرعى فيما ينقل فهو  
مسلم ولكن لا يعلم به كون المنقول هو المراد بالغصب المذكور ههنا في أكثر نسخ المختصر لجواز أن  
يكون المراد بذلك الغصب اللغوى وهو يعم المنقول وغيره ألا يرى أنه ذكر الغصب فيما مر في قوله وإذا  
غصب عقارا فهلك في يده لم يضمنه وأراد به معناه اللغوى لا التحالفة وان أراد أن الغصب مطلقا فيما ينقل  
فهو ممنوع جدا ويمكن أن يحجب عنه أن المراد هو الاول ولا بد جواز أن يكون المراد بالغصب المذكور  
ههنا في أكثر نسخ المختصر الغصب اللغوى دون الشرعى لان المعنى اللغوى في المنقولات الشرعية معنى  
مجازى بالنظر الى وضع أهل الشرع على ما عرف في علم الاصول بل في علم البيان أيضا فلا بد في ارادة  
المعنى اللغوى بالمنقولات الشرعية في مخاطب أهل الشرع من قرينة وههنا القرينة متفقية فوجب  
الرجوع الى المعنى الشرعى بخلاف قوله فيما مر وإذا غصب عقارا فان قوله قبيل ذلك والغصب فيما ينقل  
ويحول قرينة على أن يكون المراد بالغصب في قوله غصب عقارا معناه اللغوى دون الشرعى تدبر (قوله  
ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب) أقول فيه شيء وهو أن الظاهر أن مسئلتنا هذه تعم المثلى وغير المثلى  
من المنقولات لعموم الحكم المذكور في جوابها كلامنا مع أن قوله ولهذا تعتبر قيمته يوم الغصب لا يتشى  
في صورة المثلى على قول أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله اذ قد تقر فيما مر أن المعنى في هاتيك الصورة  
عند أبي حنيفة قيمة يوم الخصومة وعند محمد قيمة يوم الانقطاع فلم يتم التقريب لكون المسئلة اتفاقية  
(قوله وان نقص في يده ضمن النقصان لأنه يدخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب فما تعذر رده عنه  
يجب رده قيمته) أقول في هذا التعليل قصورا قد صرح في عامة الشروح بأن مسئلتنا هذه تعم ما كان  
النقصان في بدن المغصوب مثل أن كان جارية فاعورت أو ناهضة الثديين فأنكسر ثديها وما كان في غير

قيمه (وبمخلاف المبيع) معطوف على قوله بمخلاف يعنى اذا قص شيء من قيمة المبيع في يد البائع بقوت وصف منه قبل أن يقبضه  
المشتري لا يضمن البائع شيئا لنقصانه حتى لا يسقط شيء من الثمن عن المشتري بسبب نقصان الوصف وان خس النقصان كما لو اشترى جارية  
بمائة مثلا فاعورت في يد البائع فصارت نساوى خمسين كان المشتري بخيرا بين امضاء البيع وفسخه ولو اختار البيع وجب عليه  
تسليم تمام المائة كما شرط لانه ضمان عقد والاوصاف لا تضمن به (أما الغصب فقبض والاوصاف تضمن بالفعل) وهو القبض وهذا  
لان العقد يرد على الاعيان لا على الاوصاف والغصب فعل يحل الذات بجميع أجزائها ووصفاتها فكانت مضمونة

(قوله لان النقصان حصل من قبل الغاصب بنقله الى هذا المكان فكان له أن يلتزم الضرر ويطالبه بالقيمة) أقول الضمير في نقله  
راجع الى الغاصب والضمير في له راجع الى المالك المقدم ذكره والضمير في يطالبه راجع الى الغاصب

قال رضي الله عنه ومراده غير الربوي أما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا قال (ومن غصب عبداً فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان) لما بينا (ويتصدق بالغلة) قال رضي الله عنه وهذا عندهما أيضاً وعنده لا يتصدق بالغلة وعلى هذا الخلاف إذا أجز المستعير المستعار بدنه مثل أن كان عبداً محتزفاً قسسى الحرفة ولا يخفى أن التعليل المذكور لا يمتشي في الصورة الثانية لأن النقصان فبها من حيث الأوصاف دون الأجزاء فالأولى في التعليل أن يقال لأنه يدخل جميع أجزائه وأوصافه في ضمانه بالغصب فإنه أوفى بالصورتين معا وأوفق لقوله الآتي وبخلاف المبيع لأنه ضمان عقد أما الغصب فقبض والأوصاف تضمن بالفعل لا بالعقد على ما عرف تأمل تقف (قوله ومراده غير الربوي) أما في الربويات لا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا يعني أن مراد القدوري بقوله وإن نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي وأما في الربويات أي في الأموال الربوية التي لا يجوز بيعها بجنسها متفاضلاً فلا يمكن للمالك تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا هذا أقوى كلامه (أقول) لقائل أن يقول عدم إمكان ذلك مسلم فيما إذا كان نقصان الربويات في الأوصاف كما إذا غصب حنطة تعفنت في يده إذا لا اعتبار للتفاوت في الوصف عندنا في الأموال الربوية فيؤدي تضمين النقصان في الوصف مع استرداد الأصل إلى الربا بالاحتمال وأما فيما إذا كان نقصانها في الأجزاء كما إذا غصب كيلاً أو وزناً فغصب قدره كيلاً أو وزناً فيمكن لصاحب المال تضمين النقصان مع استرداد الباقي من الأصل بل تأد إلى الربا أصلاً كما لا يخفى فما معنى تخصيص مراد القدوري بغير الربوي والقول بعدم إمكان تضمين النقصان مع استرداد الأصل في الربويات مطلقاً أملاً وقال صاحب العناية في شرح هذا المقام قال المصنف ومراده أي مراد القدوري بقوله وإن نقص في يده ضمن النقصان غير الربوي أما في الربويات كما إذا غصب حنطة فعفنت عنده أو أناة فضة فانهم في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا لكن صاحبه بالخيار أن شاء أخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وإن شاء تركه وضمنه مثله إلى هنا كلامه (أقول) تقرير صاحب العناية ههنا وإن كان مطابقاً لما ذكر في الكافي وما ذكر في النهاية نقلاً عن الإيضاح إلا أنه منظور فيه عندي أما أولاً فلا لأنه قد صرح في شروح الهداية فيما مر حتى العناية بنفسها وفي سائر المعبرات أيضاً بأن الوزني الذي في تبعضه مضرة كالصوغ من التقيم والطست ليس على بل هو من ذوات التقيم ولا شك أن أناة فضة من ذلك القبيل فكيف يتم تمثيل الربويات ههنا بأناة فضة انهم في يده وأما ثانياً فلا لأنه كيف يصح قوله وإن شاء تركه وضمنه مثله ونضمن المثل انما يتصور في المثلات دون ذوات التقيم التي منها أناة فضة على مقتضى ما صرحوا به كما مر أنفاً فاعل الحق في حكم غصب أناة فضة إذا نقص في يده ما نقله صاحب العناية عن مختصر الشيخ أبي الحسن الكرخي من أن صاحبه بالخيار أن شاء أخذه بعينه ولا شيء له غير ذلك وإن شاء ضمنه قيمته من الذهب وبعبارة الكرخي هكذا وإن كان الأناة فضة فهو بالخيار أن شاء أخذه بعينه ولا شيء له غير ذلك وإن شاء ضمنه قيمته من الذهب وكذلك إن كان الأناة من ذهب فهو بالخيار أن شاء أخذه بعينه وإن شاء أخذه قيمته من الفضة انتهت ونقل صاحب النهاية مثل ذلك عن المبسوط بطريق التفصيل غير أن الواقع فيه قلب فضة بدل أناة فضة حيث قال وفي المبسوط وإن استهلك قلب فضة فعليه قيمته من الذهب مصوغاً عندنا وعند الشافعي يضمن قيمته من جنسه بناء على أصله أن للعبودية والرأفة والصناعة في الأموال الربوية قيمة وعندنا لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها فلما أوجبنا مثل قيمتها من جنسها أدى إلى الربا ولو أوجبنا مثل وزنها كان فيه إبطال حق المغصوب منه عن الجردة والصناعة فلما أعاد حقه والتحرر عن الباقي لا يضمن القيمة من الذهب مصوغاً

قال المصنف رحمه الله (ومراده) أي مراد القدوري رحمه الله بقوله وإن نقص في يده ضمن النقصان (غير الربوي) كما إذا غصب حنطة فعفنت عنده أو أناة فضة فانهم في يده فلا يمكنه تضمين النقصان مع استرداد الأصل لأنه يؤدي إلى الربا لكن صاحبه بالخيار أن شاء أخذ ذلك بعينه ولا شيء له غيره وإن شاء تركه وضمنه مثله قال (ومن غصب عبداً فاستغله) أي ومن غصب عبداً فاجره وقبض الاجرة فصار مهزولاً في العمل فعليه النقصان لما بينا أنه دخل جميع أجزائه في ضمانه بالغصب فما عذر رد عينه يجب رد قيمته ونقصان وصفه مما عذر فيه الرد فوجب رد قيمة النقصان ويتصدق بالغلة عند أبي حنيفة ومحمد رحمه الله وعند أبي يوسف رحمه الله لا يتصدق بها وعلى هذا أجز المستعير المستعار والمودع الوديعة

قال المصنف ( ) قال رضي الله عنه وهذا عندهما أيضاً (أقول) الظاهر تقديم أيضاً على قوله عندهما



لابي يوسف رجه الله أنه حصل في ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر لأن المصوب دخل في ضمان الغاصب وأما الملك فلا يملكه من وقت الغصب مستندا إذا ضمن ولهما القول بالموجب أي سلمنا أنه حصل في ملكه وضمنه ولكنه بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هو كذلك فسيبيله التصديق إذا فرغ يحصل على وصف الأصل أصله حديث الشاة المسلية وهو معروف فإن قيل التصرف في ملكه مستندا فإني يكون الخبث أجاب بقوله (والمالك المستند ناقص) يعني لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الغائب (فلا ينعدم به الخبث فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان لأن الخبث لأجل المالك ولهذا الواسم الغلة مع العبد إلى المالك يباح له التنازل فيزول الخبث بالأداء إليه بخلاف ما إذا باع الغاصب العبد فهل في يد المشتري ثم استحق وغرمه المشتري فإن الغاصب ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إلى المشتري لأن الخبث ما كان لأجله إلا إذا لم يجد الغاصب غيره أي غير الغلة بتأويل المذكور أو الأجر أو المال (لأنه محتاج إليه وللمحتاج إليه أن يصرفه إلى حاجة نفسه) (٣٧٣) وهو أول بذلك لأنهم ملكه وإن كان فيه

لاي يوسف أنه حصل في ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر وكذا الملك لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا عندنا ولهما أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسيبيله التصديق إذا فرغ يحصل على وصف الأصل والمالك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث (فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان) لأن الخبث لأجل المالك ولهذا لو أدى إليه يباح له التنازل فيزول الخبث بالأداء إليه بخلاف ما إذا باعه فهل في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه لأن الخبث ما كان لحق المشتري إلا إذا كان لا يجد غيره لأنه محتاج إليه وله أن يصرفه إلى حاجة نفسه فلا أصاب ما لا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا أنه محتاج عليه لما ذكرنا أن استهلك الغلة مكان الثمن إن كان محتاجا فلا شيء عليه وإن كان غنيا فعليه أن يتصدق بمثله قال (ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية) الغاصب إذا تصرف في المصوب أو المودع إذا تصرف في المصوب أو المودع في الوديعة وربح فيه لا يطيب له الربح عند أي حنيفة ومحمد رجهما الله خلافا لابي يوسف رجه الله وقد مر في الدلائل وجوابهم في الوديعة أظهر لما ذكرنا أنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف لا لعدم سبب الضمان فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة أما فيما لا يتعين كالثمنين

هـ (قوله لابي يوسف أنه حصل في ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر وكذا الملك لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا عندنا) أقول فيه نوع تأمل لأن الذي حصل في ضمانه وملكه انما هو البعض الفائق من المصوب دون مجموع المصوب لأن الكلام فيما إذا نقصته الغلة فوجب عليه ضمان النقصان مع استرداد الأصل والظاهر أن الغلة أي الأجر بمقابلته منافع مجموع العبد المصوب المستغل لا بمقابلته منفعة وصفه الفائق فقط فواجه القول بأن لا تصدق بشيء من الغلة أصلا فتفكر (قوله) فلو أصاب ما لا تصدق عنه له أن كان غنيا وقت الاستعمال وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا فسر جهو الشراح وقت الاستعمال بوقت استعمال الثمن ونقل صاحب النهاية هذه المسئلة عن المبسوط

التصرف في غير ملكه مطلقا فيكون الربح خبيثا وانما كرر الشرا في وضع المسئلة تنبيه على تحقيق الخبث وإن تداولته الأيدي ثم هذا أي عدم طيب الربح فيما يتعين بالإشارة كالعروض ظاهر وأما فيما لا يتعين بالتعيين كالثمنين الدراهم والدنانير

(قوله ولكنه بسبب خبيث) أقول أي ولكنه حصل أوليكن الحصول (قوله وأصله حديث الشاة المسلية) أقول سيحى الحديث بتفصيله في الدرس الآتي قال المصنف (والمالك ناقص) أقول حيث لم يملك العبد كله بل ما نقصته الغلة إذ لم يضمن غيره نعم لا عموم لهذا الوجه على هذا المعنى لما إذا ضمن قيمة العبد كله وفي أكثر النسخ والمالك المستند ناقص فلا مجال للعمل على هذا الاحتمال إلا بعمل الأمام عهدية (قوله) أجاب بقوله والمالك المستند ناقص يعني لكونه ثابتا فيه من وجه دون وجه ولهذا يظهر في حق القائم دون الغائب أقول المضمون هو ما نقصته الغلة وهو فائت غير قائم فتأمل فانه إذا غصب جارية ووطئها ثم ضمن قيمها لم يظهر الملك في حق حل الوطء الذي فات قال المصنف (في زوال الخبث بالأداء إليه) أقول زوال الخبث بالنسبة إلى المالك لتناوله مال نفسه لا يوجب جواز الاستعانة للغاصب في أداء ما وجب عليه بتلك الغلة لكن أدى دين زيد بماله الآخر فليتأمل فإن جوابه غير خفي

فقوله (في الكتاب) يعني الجامع الصغير (اشترى بها الإشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا اشترى بها او تقدمها) قال خنفر الاسلام لان ظاهر هذه العبارة يدل على أنه أراد بها اذا أشار اليها او تقدمها اما اذا أشار اليها او تقدم من غيرها او تقدمها وأشار إلى غيرها أو أطلق اطلاقا فاقول تقدمها يطيب له وهذه أربعة أوجه (٣٧٤) ففي واحد منها لا يطيب وفي الباقي يطيب وذكري في المبسوط وجه آخر لا يطيب فيه

فقوله في الكتاب اشترى بها الإشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا اشترى بها او تقدمها الثمن أما اذا أشار اليها او تقدم من غيرها أو تقدمها وأشار إلى غيرها أو أطلق اطلاقا فاقول تقدمها يطيب له وهكذا قال الكرخي لان الإشارة اذا كانت لاتفيد التعيين لا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال مشايخنا لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لا طلاق الجواب في الجامعين والمضاربة قال (وان اشترى بالالف جارية تساوي ألفين فوهبها أو طعمها ما فأكلم لم يتصدق بشئ) وهذا قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس

بعبارة صريحة فيما فسر وابه وقت الاستعمال حيث قال وفي المبسوط فاذا أصاب بعد ذلك ما لا تصدق بمثلها ان كان استهلك الثمن يوم استهلكه وهو غني وان كان محتاجا يوم استهلك الثمن لم يكن عليه أن يتصدق بشئ من ذلك اه (أقول) فيه اشكال فانه يجوز أن يكون غنيا وقت استهلاك الثمن ويصير فقيرا وقت الاستعانة بالغلة في أداء الثمن إلى المشتري ففي هذه الصورة كيف يؤثر الغنى السابق الثابت وقت استهلاك الثمن في حق الغلة المصروفة إلى حاجته في حال فقره اللاحق حتى يلزمه التصديق بمثلها عند أصابته مالا ولا يرى أنه لو صرفها إلى حاجة غيره من سائر الفقراء لم يلزمه التصديق بمثلها من بعد أصلا فقيرا اذا صرفها إلى حاجة نفسه حال فقره كان أولى بذلك كما صرحوا به فيما قبل اللهم الآن يقال وجه تأثير الغنى السابق في تلك الصورة هو أنه ان لم يستهلك الثمن حل غناه بلا ضرورة لاحتمال أن يبقى ذلك الثمن إلى وقت لزوم أداء الثمن إلى المشتري فلا يحتاج إلى الاستعانة بالغلة لكن ذلك الاحتمال أمر موهوم بعد أن يكون مدار الحكم الشرعي فسد بر وفسر تاج الشريعة وقت الاستعمال المذكور في كلام المصنف بوقت الصرف إلى حاجة نفسه (أقول) هذا هو الظاهر ولكن فيه أيضا شئ وهو أن الصرف إلى حاجة نفسه انما يجوز رأسا اذا كان لا يجد غير تلك الغلة كما أفصح عنه المصنف بقوله ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه الا اذا كان لا يجد غيره ولا يخفى أنه اذا كان لا يجد غير ذلك كان فقيرا البته فلم يكن وجه ترداد المصنف حينئذ بقوله فلما أصاب ما لا تصدق بمثلها ان كان غنيا وقت الاستعمال وان كان فقيرا فلا شئ عليه اذ معناه فعند أن صرفها إلى حاجة نفسه ولو أصاب ما لا يخفى اللهم الآن يقال يجوز أن يكون غنيا ولا يجد غير ذلك بان كان ابن السبيل فتأمل (قوله فقوله في الكتاب اشترى بها الإشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا اشترى بها او تقدمها) أقول في عبارة المصنف هذه انما سمع لان حاصرها يؤل إلى أن يقال فقوله في الكتاب اشترى بها الإشارة إلى نفسه وإلى غيره لان قوله اشترى بها في قوله انما يجب اذا اشترى بها او تقدمها تنقسم ما في الكتاب وقوله ونقدمها أمر مغاير له ولا معنى للقول بأن في الشئ إشارة إلى نفسه وإلى غيره كما لا يخفى فالظاهر أن يقال فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصديق انما يجب اذا أشار اليها ونقدمها اذ حينئذ لا يلزم المذکور المذكور وتظهر المعالجة بقوله بعده وأما اذا أشار اليها ونقدم من غيرها أو تقدمها وأشار إلى غيرها أو أطلق اطلاقا فاقول تقدمها مسكة ثم ان ما أخذ قول المصنف ثم هنا ظاهر فيما يتعين بالاشارة إلى قوله وهو المختار لا طلاق الجواب في الجامعين والمضاربة ما ذكره خنفر الاسلام في شرح الجامع الصغير ولفظه اذا أشار اليها او تقدمها بادل

أيضا وهو أنه اذا دفع إلى النافع تلك الدراهم أولا ثم اشترى منه بتلك الدراهم وهذا التفصيل في الجواب قول الكرخي رحمه الله لان الإشارة اذا كانت لاتفيد التعيين كان وجودها وعدمها سواء فلا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث قالوا والفتوى اليوم على قوله لكثرة الحرام دفع الله ربح عن الناس وقال خنفر الاسلام رحمه الله قال مشايخنا ربحهم الله لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال أي في الوجوه كلها وهو المختار لا طلاق الجواب في الجامعين والمضاربة بقوله يتصدق بجميع الربح وقال وذلك لأنه اذا تقدمها ولم يشتر فسلامة المبيع حصلت بهذه الدراهم فأما أن يصير عنها عوضا فلا تثبت شبهة الخبث وان أشار إليها ونقدم من غيرها فاعلام جنس الثمن وقدره حصل بهذه الإشارة فكان للعقد تعلق بها فتمكن شبهة الخبث أيضا وسبيل مثله التصديق فاستوت الوجوه كلها في الخبث ووجوب

التصدق (وان اشترى بالف جارية تساوي ألفين فوهبها أو طعمها ما فأكلم لم يتصدق بشئ) بل رد عليه مثل ما غصب (في قول قولهم جميعا لان الربح انما يتبين عند اتحاد الجنس) بأن يصير الاصل وما زاد عليه دراهم ولم يصرف لم يظهر الربح

قال المصنف (لا طلاق الجواب في الجامعين والمضاربة) أقول هذا تعليل لعدم الطيب قبل الضمان وبعده لا لقوله بكل حال ولا للمجموع كما لا يخفى

فصل في ما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما نزول به ملك المال لثلاثة عارض وحقه الفصل عما قبله (واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكه الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها ) قوله بفعل الغاصب احتراز عما إذا تغير بغرفه مثل أن صار العنب زيبا بنفسه أو خلأ أو الرطب غرا فان المال فيه بالتغيير ان شاء أخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى

هو فصل فيما يتغير بعمل الغاصب **قال** (وإذا تغيرت العين الموصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك الموصوب منه عنها ولم يكن لها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها كن غصب شاة وذبحها وشواها وأطبخها أو حنطة فطحنها أو حديدًا فتحذمه سندانًا ومضرا ففعل به آنية) وهذا كله عندنا وقال الشافعي رحمه الله لا ينقطع حق المالك وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله

فصل فيما يتغير بعمل الغاصب **ك** قال في العناية لما فرغ من بيان حقيقة الغصب وحكمه من وجوب رد العين أو المثل أو القيمة أعقبه بذكر ما يزيل به ملك المالك لانه عارض وحقه الفصل عما قبله اه (أقول) فيه كلام أما أولا فلان ما يزيل به ملك المالك وان كان عارضا لا يصل الغصب الا أن رد المثل أو القيمة متفرع على تحقق هذا العارض فان موجب أصل الغصب انما هو رد العين ولا يصار الى رد المثل أو القيمة الا بعدهلاك العين كما تقر في ما مر فلم يكن رد المثل أو القيمة الا بعد هلاك العين حكم الغصب الا بعد حدوث ذلك العارض فكان بالتأخير أخرى منه وأما ثانيا فلأن كون ما يزيل به ملك المالك عارضا انما يقتضي استحقاقه للتأخير لا لفصله عما قبله أن يورث في فصل على حدة فلم يتم قوله وحقه الفصل عما قبله وكأن صاحب الغاية تداركه حيث قال لانه عارض فتناسب أن يذكر بعد ذلك لكن لا يتم به تمام التقرير اذ المقصود ببيان وجهه ذكر ما يتعلق بذلك العارض من المسائل في فصل على حدة لا بيان وجهه بمجرد ذكره متأخرا عما قبله (قوله واذا تغيرت العين المغصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المغصوب منه عنها وملكها الغاصب وضمنها ولا يحل له الانتفاع بها حتى يؤدي بدلها ) قال في العناية قوله بفعل الغاصب احتراز عما اذا تغير بغير فعله مثل أن صار العنب زيبا بنفسه أو خلأ أو الرطب عرا فان المالك فيه بالتأخير ان شاء أخذه وان شاء تركه وضمنه وقوله حتى زال اسمها احتراز عما اذا غصب شاة فذبحها فاهل لم يزل بالتذبح المجرد ملك مالكها لا لم يزل اسمها يقال شاة مذبوحة وشأن حية وقوله وعظم منافعها احتراز الحيلة اذا

”فصل فیما یتغیر: خمس۔

غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمه النقصان عنده لأنه يؤدي إلى الربا إذا الدقيق عين الخطة من وجهه لأن عمل الطحن في طريق الأجزاء  
لأن أحداث ما لم يكن موجودا وتفرق الأجزاء لا يبدل العين كالقطع في الثوب ألا ترى أن الربا يجري بينهما ولا يجري بالربا باعتبار  
المجانسة (وعند الشافعي يضمه) لأن على أصله تضمين النقصان مع أخذ العين في الأموال الربوية جائز وهو رواية عن أبي يوسف (وعنه) أن  
يزول ملكه عنه ولا يسقط عنه (٣٧٦) حقه (لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته) (قوله وللشافعي) عطف على قوله

غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمه النقصان عنده لأنه يؤدي إلى الربا وعند الشافعي يضمه وعن  
أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه لكنه يباع في دينه وهو أحق به من الغرماء بعد موته للشافعي أن العين  
باق فيبقى على ملكه وتتبعه الصنعة كما ذهبت الریح في الخطة وأنها في طاحونه فطخت ولا معبر  
بفعله لأنه محظور فلا يصلح سببا للمالك على ما عرف فصار كما إذا انعدم الفعل أصلا وصار كما إذا ذبح  
الشاة المغصوبة وسلخها وأزبها ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صيرحق المالك هالكامن وجهه  
ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد

غصمها وطعمها فإن المقاصد المتعلقة بعين الخطة كعملها هريسة وكشكا ونشأه وبدرها وغيرها تزول  
بالطحن والظاهر أنه تأكيده لأن قوله زال اسمها يتناولها فأنما إذا طخت صارت تسمى دقيقا لا خطة إلى  
هنا لفظ العناية (أقول) فيه نظر فإن كون قيد وعظم منافعها في هذه المسئلة مذكورا لمجرد  
التأكيده مع وقوعه في عبارات عامة المعتبرات من المطولات والمختصرات على الأطراد بعيد جدا  
لأنه تبطل الطبع السليمة فالجمل عليه من ضيق العطن والصواب أنه احتراز عما إذا غصب شاة فذبحها  
وآثره أقاله لا يزول بالذبح والتأريب ملك ماليتها كما سيأتي في الكتاب مع أنه زال اسمها بعد التأريب  
ولكن لم يزل عظم منافعها وهو اللحمة كما سيأتي التصریح به في عامة الشرع متى العناية بنفسها  
ولهذا لم يزل ملك ماليتها عن تأديده (قوله غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمه النقصان عنده) قال  
بعض النضلاء الظاهر أن المراد نقصان القيمة (أقول) ظهوره ممنوع كيف وقد قال عامة الشراح  
في بيان قول المصنف فيما سيأتي ولنا أنه أحدث صنعة متقومة لأن قيمة الخطة تزداد بجعلها دقيقا وكذا  
قيمة الشاة تزداد بطبخها فإذا أرداد قيمة الخطة بجعلها دقيقا أو بتصوره هناك نقصان القيمة بل الظاهر  
أن المراد نقصان الوصف كما إذا عفت وقد أفصح عنه صاحب النهاية حيث قال لأن الدقيق عين الخطة  
من وجهه فكان له أن يأخذه كما قبل الطحن ثم قال واللايل على بقاء جنس الخطة فيه جريان الربا بينهما  
ولا يجري الربا لا باعتبار المجانسة وقال فلما ثبتت المجانسة بين الخطة ودقيقها كان أخذ الدقيق منزلة  
أخذ عين الخطة ولو أخذ عين الخطة كان لا يجوز أن يأخذ معها شيئا آخر لنقصان صفته بسبب العفونة  
لأدائه إلى الربا على ما مر فكذلك ههنا اه اللهم إلا أن يكون مراد ذلك القائل أيضا بنقصان القيمة  
نقصانها بسبب ووات الوصف لا نقصانها بمجرد الطحن من غير نقصان الوصف لكن الظاهر في مثله إضافة  
النقصان إلى الوصف لا إلى القيمة كما لا يخفى (قوله للشافعي أن العاين باق الخ) قال صاحب العناية  
قوله وللشافعي عطف على قوله لأنه يؤدي إلى الربا (أقول) ليس هذا بسبب بدفان الواو وغيره موجودة  
ههنا في نسخ الهداية الصحيحة أصلا ولو سلم وجودها فالظاهر أنها لا بداءة إذ لو كانت للعطف على قوله  
لأنه يؤدي إلى الربا بالزم الفصل بين الم طوفين بكلام أخني وهو قوله وعند الشافعي يضمه وقوله وعن  
أبي يوسف أنه يزول ملكه عنه الخ ولا يخفى على من له درية بأساليب الكلام ركاكة ذلك جدا وكونه بمنزلة  
عن شأن صاحب الهداية ورد عليه بعض الفضلاء بوجه آخر حيث قال فيتميز أن يكون تعليلا لعدم جواز

لأنه يؤدي إلى الربا وتقريره  
أن بقاء العين المغصوبة  
يوجب بقاءه على ملك المالك  
لأن الواجب الأصلي في  
الغصب رد العين عند قيامه  
ولو لا بقاءه على ملك المالك  
لما كان كذلك والعين باق  
فيبقى على ملكه (وتتبعه  
الصنعة) الحادثة لانها تابعة  
للأصل (كما ذهبت الریح في  
الخطة وألقها في طاحونه  
فطخت) فإن الدقيق يكون  
لملك الخطة كذلك هذا  
فإن قيل عميل فاسد لأنه  
تخلل في صورة لرباع فعل  
الغاصب دون المستشهد به  
أجاب بقوله (ولا معتبر بفعله  
لأنه محظور فلا يصلح سببا للمالك  
على ما عرف في الأصول أن  
الفعل المحظور لا يصلح سببا  
لنفيه وهو الملك فصار كما إذا  
عدم الفعل أصلا) وحينئذ  
صارت صورة النزاع كالمستشهد  
به لا محالة (وصار كما إذا ذبح  
الشاة المغصوبة وأزبها) أي  
جعلها عضوا وعضوا فان فعل  
الغاصب فيه موجود وليس  
بسبب للمالك لكونه محظورا  
(ولنا أنه أحدث صنعة  
متقومة) لأن قيمة الشاة تزداد  
بطبخها وشيئا وكذلك قيمة

الخطة تزداد بجعلها دقيقا (واحدتها صير) (حق المالك هالكامن وجهه) ألا ترى أنه تبدل الاسم وفات معظم المقاصد

قال المصنف (غير أنه إذا اختار أخذ الدقيق لا يضمه النقصان عنده) أقول الظاهر أن المراد نقصان القيمة (قوله لكنه يباع في دينه)  
أقول قوله لكنه ليس في محله والظاهر أن يقال يباع في دينه (قوله وله وللشافعي عطف على قوله لأنه يؤدي إلى الربا) أقول فيلزم  
أن يكون تعليلا لعدم جواز ضم النقصان عنده أبي يوسف هذا خلف ولست الواو في نسختنا موحدة وهو الأصل

وحقه أى حق الغاصب ( فى الصنعة قائم من كل وجه ) وما هو قائم من كل وجه هو جميع على الهالك من وجهه على ما عرفت فى الأصول من قولهم اذا تعارض ضربا ترجح كان الرخصان فى الذات أحق منه فى المال لان المال قائمة بالذات تابعة له فبذلك قطع حق المالك بالشئ والطبع لان الصنعة قائمة بذاتها من كل وجه والعين هلكة من وجه ( قرره ولا ينبغى له سبب الهالك من حيث هو بخلاف ) جواب عن قوله ولا معتبر به الهالك لأنه محذور وتقريره أن اذا فعل حمتين همة تنويدها للمالك عز المحذور وخط روحه فاحداث صنعة منقودة وهو سبب من حيث هذه الحجة . لحجها الاول . قوله ( بخلافه ) الشارح - يريد سببا - مع شيئا - وهو . وتزيره أن العلة حدوث الفعل من الغاصب على وجه تقبل له وسما - قد - بالذات واسمى بالذات - ثم أتت بالذات فوجه مسأله كفاية ال شاعرية ذنوبها السكارى مبرأه . والتزير - راية - اساقفا وروية بل - باسم - اروب - حصل - على رتبه ال الاسم وبذلك قطع حق المسالك . أجب بأنه كذلك لأنه - دبحه فتعاقب اسم الشئ - ومع ترجيح ( ١٧١ ) جانب محمية به الذم العام المقصود منها

(١، ٢ - تكملة ساجد) رتبه و ج خوسه هيا رتبه ساجده لعل عرف يعني ان الملائه قد ثبت  
للاصاب و انقطعت عنه نيات بالان الذي كرمه الله تعالى باسمه رزقني على رضاءه آيات زكوه و اوباعه حاز



وجه الاستحسان ماذ كره في الكتاب) وهو حديث رواه أبو حنيفة عن عاصم بن كليب الجرمي عن أبي بردة عن أبي موسى رضي الله عنهم أن النبي صلى الله عليه وسلم (٣٧٨) كان في ضيافة أنصاري فقدم إليه شاة مهلية أي مشوية فأخذ منها القمة

وجه الاستحسان قوله عليه الصلاة والسلام في الشاة المذبوحة المصلية بغير رضا صاحبها أطعموها الأسيارى أفاد الأمر بالتصدق زوال ملك المالك وحرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء ولأن في الإباحة الانتفاع فتح باب الغصب فيحرم قبل الارضاء جسم الماة الفساد ونفاذ بيعه وهبته مع الحرمة لقيام الملك كافي الملك القائم وإذا أدى البديل بإباحة لأن حق المالك صار موفى بالبديل فحصلت مبادلة بالتراضي وكذا إذا أبرأه لسقوط حقه به وكذا إذا أدى بالقضاء وأضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضاه منه لأنه لا يقضى إلا بطلبه وعلى هذا الخلاف إذا غصب حنطة فزرعها أو ثروة فغرسها غير أنه عند أبي يوسف بإباحة الانتفاع فيها ما قبل أداء الضمان لوجود الاستهلاك من كل وجه بخلاف ما تقدم لقيام العين فيه من وجه وفي الحنطة يزرعها لا يتصدق بالفضل عنده خلافا لهما وأصله ما تقدم

الجواب المذكور لا يدفع السؤال الوارد على المصنف فيمآذ كره جوابا بما استشهد به الشافعي من مسألة ذبح الشاة المغصوبة وبيعها وتأريها عنه على المخالفة بينهما وبين ما نحن فيه ببقاء اسم الشاة فيها بعد الذبح والبيع فورد عليه قطعا أن يقال الكلام في الشاة التي ذبحت ثم أربت ولا شك أن اسم الشاة لم يبق بعد التأريب فلم تحقق المخالفة بينهما وبين ما نحن فيه من حيث تبدل الاسم وعدم تبدله فلم يصلح ما ذكره المصنف جوابا عما استشهد به الشافعي نعم يمكن أن يجاب عما استشهد به الشافعي بما قرر في الجواب المذكور لكنه لا يدفع قصور ما أجاب به المصنف عنه ومدار السؤال المزبور على ذلك فلا يتم التقرير (قوله وكذا إذا أدى بالقضاء وأضمنه الحاكم أو ضمنه المالك لوجود الرضاه منه لأنه لا يقضى إلا بطلبه) في المعنى المراد من قوله أو ضمنه الحاكم ومن قوله أو ضمنه المالك نوع اشتباه وعن هذا اختلفت عبارات الشراح في تفسيرهم فقال صاحب الكفاية في شرح قوله أو ضمنه الحاكم يحتمل أن يكون المغصوب منه من كان القاضى وليا له أو أن يكون المراد منه قضى بالضمان بدليل قوله لأنه لا يقضى إلا بطلبه اه واختار تاج الشريعة الاحتمال الاول حيث قال في بيان قوله أو ضمنه الحاكم بأن كان المغصوب مال اليتيم أو الغائب وكذا اختاره صاحب العناية حيث قال في تفسير ذلك يعني إذا كان مال اليتيم (أقول) يراد على الاحتمال الاول أن قول المصنف في التعليل لأنه لا يقضى إلا بطلبه غير مساعد لذلك لأن من كان القاضى وليا له لا يلزم منه الطلب في قضاء القاضى له بجمعه بل قد لا يتصور منه لطلب كما إذا كان اليتيم صغيرا جذا وكذا إذا كان الغائب بعيدا غير عالم بالقضية أصلا ويرد على الاحتمال الثاني أن قول المصنف قبل هذا وكذا إذا أدى بالقضاء أي في ذلك اذ حينئذ يلزم التكرار ويمكن أن يجاب عن الاول بأن طلب القاضى في حكم طلب من كان القاضى وليا له لكونه نائباً عنه فكان القضاء هناك أيضا بطلب المغصوب منه حكما وعن الثاني بأنه يجوز أن يكون المراد بالقضاء على تقدير أن يكون معنى قوله ضمنه الحاكم قضى بالضمان بمجرد القضاء بالضمان بدون وقوع أداء البديل من الغائب والمراد بقوله قبل ذلك وكذا إذا أدى بالقضاء أداء البديل بالقضاء فاسترقا ولا تكرار ثم قال صاحب الكفاية ومعنى قوله أو ضمنه المالك أخذ الضمان أو رضاه على مقدار من الضمان اه (أقول) يراد به أيضا أن قول المصنف فيما قبل وإذا أدى البديل بإباحة يعني عن هذا المعنى لأن أداء الغاصب البديل يستلزم أخذ المغصوب منه الضمان فيلزم أن يكون قوله أو ضمنه المالك مستدركا ويمكن أن يجاب عنه بأنه يجوز أن يكون المراد بتضمن المالك أخذه الضمان بغير رضا الغاصب وبغير القضاء دون مطلق أخذ الضمان والمراد بقوله فيما قبل وإذا أدى البديل أدائه برضاه دون مطلق الأداء إلى قوله كن غصب شاة

بفعل يلو كها ولا يسيغها فقال عليه الصلاة والسلام أنها تخبرني أنها ذبحت بغير حق فقال أنصاري كانت شاة أخي ولو كانت أعز من هذا لم ينفس على بها وسأرضيه بما هو خير منها إذا رجع فقال عليه الصلاة والسلام أطعموها الأسيارى قال محمد رحمه الله يعني الحبسين فأمره بالتصدق مع كون المالك معلوما ببيان أن الغاصب قد ملكها لأن مال الغير يحفظ عليه عينه إذا أمكن وغنه بعد البيع إذا تضرر عليه حفظ عينه ولم أر بالتصدق بها دل على أنه ملكها وعلى حرمة الانتفاع للغاصب قبل الارضاء (قوله ولأن في إباحة الانتفاع دليل مقول) وهو ظاهر وقوله (ونفاذ بيعه) جواب عن قوله وله هذا الوهبه وتقديره أن نفاذ ذلك لقيام الملك وذلك لا يستلزم الإباحة كافي الملك الفاسد وقوله (وإذا أدى البديل) راجع إلى قوله حتى يؤدي بدلا وكلامه واضح وقوله (أو ضمنه الحاكم) يعني إذا كان مال اليتيم وقوله (بخلاف ما تقدم) إشارة إلى قوله كن غصب شاة

وذبحها وشواها أو طبخها أو حنطه فطعمها أو مدها ما أخذت منه فاعطاه (قوله وأصله ما تقدم) إشارة إلى ما ذكر قبله  
هذا الفصل من تعليل مسألة ومن غصب عبدا فاستغله فنقصته الغلة فعليه النقصان

قال (وان غصب فضة أو ذهباً) اذا غصب فضة أو ذهباً فضر بهادراهم أو دنائير أو أنية لم يزل ملك مال الكها عندها أي خيفة رجة الله فبأخذها ولا شيء للغاصب وقال على كها الغاصب وعليه مثلها لأنه أحدث صنعة معتبرة متقومة صراحدا أنها حق المالك مال الكامن وجهه أنه ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد وكان قبل ذلك تروا هو لا يصلح رأس المال في المضاربات والشركات وبعد ما مضى به صلح لذلك وفي ذلك دليل على تغيرهما معنى واسمها لأنه قبل الضرب كان يسمى تروا وفضة وذهباً وبعد دراهم ودناير ومثل ذلك يقطع حق المالك كما تقدم ولا يبي خيفة رجة الله أن العين باقية من كل وجه ألا ترى أن الاسم باق والأحكام الأدبعة المتعلقة بالذهب والنقصة وهي الثمنية وكونه موزوناً وجران الربا ووجوب الزكاة كذلك وإذا كان (٣٧٩) كذلك لم ينقطع حق المالك (قوله)

وصلاحيته لرأس المال  
جواب عن قوله والتبر  
لا يصلح الخ وتقرر به أن  
الصلاحيية أمر ذاتي على  
مقتضى الطبيعة يحدث  
بالصناعة لا لأنه ملك العين  
بها من وجه وقوله (وكذا  
الصناعة) جواب عن قوله  
أحدث صنعة معتبرة متقومة

قال (وان غصب فضة أو ذهباً فضر بهادراهم أو دنائير أو أنية لم يزل ملك مال الكها عندها أي خيفة رجة الله فبأخذها ولا شيء للغاصب وقال على كها الغاصب وعليه مثلها) لأنه أحدث صنعة معتبرة صريح  
حق المالك مال الكامن وجهه ألا ترى أنه كسره وفات بعض المقاصد والتبر لا يصلح رأس المال في  
المضاربات والشركات والمضروب يصلح لذلك وله أن العين باقية من كل وجه ألا ترى أن الاسم باق  
ومعناه الأصلي الثمنية وكونه موزوناً وأنه باق حتى يجري فيه الربا باعتباره وصلاحيته لرأس المال  
من أحكام الصناعة دون العين وكذا الصناعة فيها غير متقومة مطلقاً لأنه لا قيمة لها عند المقابلة بجنسها  
قال (ومن غصب ساجدة فبني عليها زال ملك مال الكها عنها ولزم الغاصب قيمتها) وقال الشافعي للمالك  
أخذها والوجه من الجانبين قدمناه

ومعناه أنها غير متقومة في  
جميع الأحوال لأنها لا قيمة  
لها عند المقابلة بجنسها  
وإنما تنقوم عند المقابلة  
بخلاف الجنس كن استهلاك  
قلب فضة فعليه قيمته من  
الذهب مصوغاً عندنا وذلك  
لأنه لو أوجبنا عليه مثل  
قيمتها من جنسها أدى إلى  
الربا ولو أوجبنا مثل وزنها  
كان فيه إبطال حق الغصوب  
منه عن الجودة والصناعة  
فلإعادة حق المالك والخرز  
عن الربا قلنا يضمن قيمته من  
الذهب مصوغاً وإن وجد  
صاحبه مكسور افترض  
به لم يكن له فضل ما بين  
المكسور والصحيح لأنه ماد

والإلزام استدراك قوله وكذا إذا أدى بالهضاه وأداه برصاه أنما يستلزم أخذ الضمان برضاء دون أخذه  
بغير رضاه فلا استدراك بقي الكلام في قول صاحب الكفاية أو تراضي على مقدار من الضمان فإنه  
يقتضى الاستدراك إذا التراضي قد كان معتبراً في قول المصنف وإذا أدى البديل بإباح كما يدل عليه  
تعليقه هناك بقوله لأن حق المالك صار موفى بالبديل فحصلت مبادلة بالتراضي ويمكن أن يجاب عنه  
أيضاً بأن المراد ههنا التراضي على مقدار من الضمان أي على بعض منه والمراد فيما تقدم التراضي  
على أداء كل الضمان فحصل التغاير من هذه الحيثية وان دفع الاستدراك لكن لا يخفى على ذي فطرة  
سلمية أن جعل قول المصنف أو ضمنه المالك على التراضي على مقدار من الضمان مما لا يساعده اللفظ  
جداً ولا يفهم منه ذلك المعنى من حيث العربية أصلاً وقال تاج الشريعة في تفسير قوله أو ضمنه  
المالك أي طلب المالك من الغاصب الضمان يحل الانتفاع قبل أداء الضمان اه واقتنى أثره الشارح  
العيني (أقول) فيه أيضاً بعد من حيث اللفظ والمعنى كما لا يخفى فتأمل (قوله ومن غصب ساجدة  
فبني عليها زال ملك مال الكها عنها ولزم الغاصب قيمتها) ذكر في الذخيرة أن ذلك فيما إذا كانت قيمة البناء  
أكثر من قيمة الساجدة وأما إذا كانت قيمة الساجدة أكثر من البناء فلم يزل ملك مال الكها اه قال  
صاحب العناية بعد نقل ما في الذخيرة وسيظهر لك وجه ذلك إن تأملت في قوله وجهه آخر لنا فيه  
اه (أقول) لا يذهب على من له ذوق صحيح أنه لا يظهر وجهه ذلك بالتأمل في قوله وجهه آخر لنا فيه لأن  
حاصله أن ضرر الغاصب فيما ذهب إليه الشافعي ضرر من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا إليه ضرر  
مجبور بالقيمة ولا ريب أن الضرر المجهور دون الضرر الخفي فلا يرتكب الضرر الأعمى عند مكان

اليه عين ماله فبقيت الصناعة منفردة عن الأصل ولا قيمة لها في الأموال الربوية وإذا كان كذلك كانت الصناعة متقومة من وجه  
دون وجه فلا يصلح لإبطال حق ثابت من كل وجه (ومن غصب ساجدة) بالجيم وهي الخشبة العظيمة لا بالساجدة بالحاء ستأتي بعد  
هذا (فبني عليها زال ملك مال الكها عنها ولزم الغاصب قيمتها) وذكر في الذخيرة أن ذلك فيما إذا كانت قيمة البناء أكثر من قيمة الساجدة وأما  
إذا كانت قيمة الساجدة أكثر من قيمة البناء فلم يزل ملك مال الكها عنها وسيظهر لك وجه ذلك إن تأملت في قوله وجهه آخر لنا فيه (وقال  
الشافعي رجة الله للمالك أخذها والوجه من الجانبين قدمناه) يعني في أول هذا الفصل بقوله وإذا تغيرت العين الغصوبة بفعل الغاصب الخ

قال المصنف (ومن غصب ساجدة) أقول هو أول مسألة خالف فيها الشافعي أصحابنا رجه الله كذا في يواقيت العلوم للإمام الرازي (قوله  
في قوله وجهه آخر لنا فيه) أقول يعني في الجواب الذي ذكر فيه عن السؤال

(ووجه آخر لنا فيه) أي في تعليل (٣٨٠) هذه المسئلة (أن فيما ذهب إليه) الشافعي (أضراراً بالغاصب بنقض بنائه

الحاصل من غير خلف  
وضرر المالك فيما ذهبنا  
إليه مجبور بالقيمة فصار  
كما إذا خاط بالخطب المغصوب  
بطن جاريته أو أدخل  
اللوحة المغصوب في سفينة  
والسفينة مع من عليها  
لجبة البحر ليس للمالك أن  
يتزع لوجه منها أو غافدا  
بذلك لأنها إذا كانت واقفة  
كان له أن يتزع عنده  
فلا يصلح للاستشهاد فان  
قيل عدم جواز نزاع الخطب  
واللوحة عنده من حيث أن  
فيه تلف الناس لالان المالك  
ملك ذلك بما صنع فلا يصلح  
للاستشهاد باختلاف  
المناط قلنا ثبت في كل  
واحدة منهم ما حق المالك  
وغيره وجه حق غيره  
أولى لأن باطله زيادة ضرر  
بالنسبة إلى ضرر المالك  
فكانت متساويتين (ثم قال  
الكرخي والفقهاء أبو جعفر  
رحمهما الله إنما ينقض  
أذاني في حوالى الساجدة  
لأنه غير متعدي في البناء وأما  
أذاني على الساجدة بنقض  
لأنه متعدي فيه)

(قوله فلما ثبت في كل واحدة  
منهما حق المالك وغيره)  
أقول أي من العلتين أعني  
التلف وتلك الغصب (قوله  
وجعل حق غيره أولى الخ)  
أقول كيف يقاس ذلك ولو  
كان البناء والساجدة كلاهما

ووجه آخر لنا فيه أن فيما ذهب إليه أضراراً بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة فصار كما إذا خاط بالخطب المغصوب بطن جاريته أو أدخل اللوح المغصوب في سفينة ثم قال لكرخي والفقهاء أبو جعفر إنما لا ينقض أذاني في حوالى الساجدة أما أذاني على نفس الساجدة بنقض لأنه متعدي فيه

العامل بالضرر الأدنى ولا يخفى على ذي فطرة سليمة أنه لا فرق في هذا المعنى بين أن يكون قيمة البناء أكثر من قيمة الساجدة وبين العكس إذ لا شك أن الضرر المحض أشد وأثقل من الضرر المجبور على كل حال فلا بد أن يتحمل الثاني لدفع الأول على كل حال عملاً باختیار أهون الشرين كما هو القاعدة المقررة وإنما كان يظهر وجه ذلك لو كان كلا الضررين مجبورين بالقيمة فأعاد أول قيمة حيث شذ يكون أخف وأيسر تحملاً وليس فليس \* ثم أقول لعل وجه ذلك يظهر بالتأمل في قوله والوجه من الجانبين قد مناه فان ما قدمه من جانبها هو قوله ولنا أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكاً لا شك أن قيمة البناء إذا كانت أكثر من قيمة الساجدة كان البناء غالباً على الساجدة فيصح إذا ذلك أن يقال إن الغاصب أحدث صنعة متقومة صير أحداً لها حق المالك هالكاً وبوجه لظهور صحة تصيير الغالب المغلوب لكامن وجهه وأما إذا كانت قيمة الساجدة أكثر من قيمة البناء فأنما تكون الساجدة غالبية على البناء فليست كل هائلة أن يقال أنه أحدث صنعة متقومة صير حق المالك هالكاً من وجهه إذ تصير المغلوب غالباً على الساجدة غير ظاهراً تأمل تفهم (قوله ووجه آخر لنا فيه أن فيما ذهب إليه أضراراً بالغاصب بنقض بنائه الحاصل من غير خلف وضرر المالك فيما ذهبنا إليه مجبور بالقيمة) بيانه أن فيما قاله الشافعي رضي الله تعالى عنه أضراراً بالغاصب لأن فيه إبطال حقه وفيما قلنا أضراراً بالمالك ولكن ضرر المالك مجبور بالعوض وهو القيمة فكان قوت حقه كلافوات وضرر الغاصب ليس مجبور بشئ فيفوت حقه لا إلى خلف فكان قطع حق المالك أولى من قطع حق الغاصب كذا في غاية البيان (أقول) لفائل أن يقول يسكل هذا الوجه من التعليل بما إذا غصب ساجدة بالخاء المهد له فبني عليها فله لا نزول للمالك عنها كما سيأتي في الكتاب مع حريان الوجه المذكور بعينه مثلك أيضاً كما لا يخفى نعم بوجه ذلك رجه آخر فارق بينهما لكن الكلام في انتفاء هذا الوجه المذكور في مستفتى هذه المسئلة لا يتبعه تأمل (قوله كما إذا خاط بالخطب المغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينة) قلنا في الثانية فإن قيل عدم جواز نزاع الخطب واللوحة عنده من حيث أن قيمة تافئة نس لالان المالك ساء ذلك بما صنع لا يصلح للاستشهاد باختلاف المناط قلنا ثبت في كل واحدة من حق المالك وغيره وجه حق غيره أولى لأن باطله زيادة ضرر بالنسبة إلى ضرر المالك فكانت متساويتين اه ورد علم بعض الفضلاء بأن قال كيف يقاس ذلك ولو كان البناء والساجدة كلاهما لشخص واحد يباح له نقض بنائه وإخراج الساجدة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والجارية فإنها والخطب والجارية فإنها لو كانت لا يباح له نزاع الخطب والمغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينة ثم قال لكرخي والفقهاء أبو جعفر إنما لا ينقض أذاني في حوالى الساجدة أما أذاني على نفس الساجدة بنقض لأنه متعدي فيه

لشخص واحد يباح له نقض بنائه وإخراج الساجدة من تحته بخلاف اللوح والسفينة والجارية فإنها لو كانت للمالك واحد لا يباح له نزاع الخطب والمغصوب بطن جاريته أو عبده أو أدخل اللوح المغصوب في سفينة

قال المصنف رحمه الله (وجواب الكتاب) يعني قوله بقى عليها (يرد ذلك وهو الاصح) قيل لانه تغير عما كان عليه لان الساجدة قبل البناء عليهم اتصلح للاحراق تحت القدور ولا بواب الدور وغير ذلك وبعد لا تصلح لشي من ذلك الا بالعدم وتغييره يوجب انقطاع حق المالك قال (ومن ذبح شاة غيره بغير امره فماله بالخير ان شاء الله وان شاء ضمنه نقصانها وكذلك الجزور وهو ما أعدته من الجزر وهو القدام ونماخه لدفع ما عساه ان يترد (٩٠) ) فاعلم ان غاصبه بغيره ان لا يجر المثل بل ياراقه على المالك لانه حقق مقصوده فيه وكان ذلك زيادة فيه لانه صانح حيث أعد الجزر غير مطلوب منه الدور والمثل وذلك لان نفس ازالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لا يحتمل ان يكون فيه مقصود سواها من زيادة الاسعار والتأخير الى وقت آخر لمصلحة له في ذلك وكذلك ان اقطع رعيها أي رعاها الشاة والجزر وهذا هو ظاهر الرواية بخلاف ما روي الحسن عن أبي حنيفة رضي الله عنه ان لا يضمه شي بمعنى في ذبح الشاة لان البيع والسيل في الشاة زيادة على ما سوي وجهه اظهر ما ذكره انه خلاف من وجه باعتبار قوت بعض الغرض من الحمل والدور والنسب وبما بعثها وهو اللحم فصار كالخرق الفاحش في الثوب

لحوق زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه فلم يكن له تعاقب بما بين فيه ولا بالياس المدكر فيه أصلا (قوله وجواب الكتاب يرد ذلك) قال صاحب غاية البيان ولنا في ردله وجواب الكتاب يرد ذلك أي جواب مختصر التمهيد يرد ما قال الكرخي نظرا ان القدوري يروي عن أبي عبد الله الجرجاني عن أبي بكر الرزقي عن أبي الحسن الكرخي فكيف يرد بحجرجاب القدوري قول الكرخي وسند روايته اليه نعم يجوز رجحان قول المتأخر على المتقدم بما قامه الدليل أما بجزر الروية فلا اه كلامه (أقول) نظره ساهل لانه ان أراد ان اسند رواية القدوري في جميع مسائل محتصره أو في المسئلة التي نحن بصدددها الى الكرخي فهو ممنوع كيف وقد صرح هذا الشارح نفسه بأن القدوري قد في شرحه لمختصر الكرخي وكان أبو الحسن الكرخي يقول المسئلة موضوعة على أنه بنى على حوالى الساجدة منه غير متعد في البناء على ما يملكه فلا ينقض وأما ما ذنبني على نفس الساجدة ينقض به لانه تعدى فيه وكان الهنداوي يختار هذا القول وقال ذكر في كتاب الصرف فيمن غصب درهمه فاعله عروة من اذ سنة ما حق ماله والفضة لا يسقط حق ماله كلها فيها بالباغية وانما اسقطه بكونها تابعة لمزادة وهذا لا يكون الا بعمل يوقعه فيها على وجه التعدى فدل على أن المسئلة على اطلاقها وأراد لاحق للمالك في الساجدة في الوجهين وقال الى منالفظ القدوري ولا يذهب عليك أن ما فعله عن التمهيد يرد في منالقدوري لا يقبل رواية الكرخي في هذه المسئلة على التقيد بأن بنى على حوالى الساجدة ويستدل على اطلاقها بمسئلة كتاب الصرف كما ترى فتعين أن رواية القدوري هذه المنسوبة له بأن قال فبنى عليها لا يستدل في الكرخي بل هو في هذه الرواية بخلافه ومنتسب بمسئلة كتاب الصرف وان أراد ان اسند روايته القدوري في أكثر المسائل الى الكرخي بالطريق المزبور فهو مسلم لكن لا يجدي ذلك ههنا شي فان الكلام في مسئلة الساجدة وهو في روايتها بخلاف الكرخي كما عرفت (قوله ومن ذبح شاة غيره فماله بالخير ان شاء الله وان شاء ضمنه نقصانها وكذلك الجزور) وهو ما أعدته للذبح من الابل من الجزر وهو القطع يقع على الذكرو الانثى وهي تؤثت كما قالوا وانما ذكر الجزور بعد ما ذكر الحكم في الشاة من الخيار بين تضمين القيمة وتضمين انقصان لدفع شبهة ترد على اختيار تضمين النقصان بأن يقار النقصان بالذبح في الشاة انما كان بسبب تفاوت صلاحية الدور والنسب والجزور هي التي أعدت للذبح فلم يكن الدور والنسب مطلوبين ههنا فينبغي ان لا يضم الغصب النقصان بل يستحق اجر المثل من جزائه على المالك لانه يفتى بمقصوده فيها وكان زيادة له نقصان كما داغصب ثوبا فصبغ أجز حيث يضمن المالك للفاصل ما زاد المصنوع اذا اختار أحد ثوب يكون بمنع الحرة

الحق و زيادة ضرر بغير المالك على تقدير ابطال حقه فلم يكن له تعاقب بما بين فيه ولا بالياس المدكر فيه أصلا (قوله وجواب الكتاب يرد ذلك) قال صاحب غاية البيان ولنا في ردله وجواب الكتاب يرد ذلك أي جواب مختصر التمهيد يرد ما قال الكرخي نظرا ان القدوري يروي عن أبي عبد الله الجرجاني عن أبي بكر الرزقي عن أبي الحسن الكرخي فكيف يرد بحجرجاب القدوري قول الكرخي وسند روايته اليه نعم يجوز رجحان قول المتأخر على المتقدم بما قامه الدليل أما بجزر الروية فلا اه كلامه (أقول) نظره ساهل لانه ان أراد ان اسند رواية القدوري في جميع مسائل محتصره أو في المسئلة التي نحن بصدددها الى الكرخي فهو ممنوع كيف وقد صرح هذا الشارح نفسه بأن القدوري قد في شرحه لمختصر الكرخي وكان أبو الحسن الكرخي يقول المسئلة موضوعة على أنه بنى على حوالى الساجدة منه غير متعد في البناء على ما يملكه فلا ينقض وأما ما ذنبني على نفس الساجدة ينقض به لانه تعدى فيه وكان الهنداوي يختار هذا القول وقال ذكر في كتاب الصرف فيمن غصب درهمه فاعله عروة من اذ سنة ما حق ماله والفضة لا يسقط حق ماله كلها فيها بالباغية وانما اسقطه بكونها تابعة لمزادة وهذا لا يكون الا بعمل يوقعه فيها على وجه التعدى فدل على أن المسئلة على اطلاقها وأراد لاحق للمالك في الساجدة في الوجهين وقال الى منالفظ القدوري ولا يذهب عليك أن ما فعله عن التمهيد يرد في منالقدوري لا يقبل رواية الكرخي في هذه المسئلة على التقيد بأن بنى على حوالى الساجدة ويستدل على اطلاقها بمسئلة كتاب الصرف كما ترى فتعين أن رواية القدوري هذه المنسوبة له بأن قال فبنى عليها لا يستدل في الكرخي بل هو في هذه الرواية بخلافه ومنتسب بمسئلة كتاب الصرف وان أراد ان اسند روايته القدوري في أكثر المسائل الى الكرخي بالطريق المزبور فهو مسلم لكن لا يجدي ذلك ههنا شي فان الكلام في مسئلة الساجدة وهو في روايتها بخلاف الكرخي كما عرفت (قوله ومن ذبح شاة غيره فماله بالخير ان شاء الله وان شاء ضمنه نقصانها وكذلك الجزور) وهو ما أعدته للذبح من الابل من الجزر وهو القطع يقع على الذكرو الانثى وهي تؤثت كما قالوا وانما ذكر الجزور بعد ما ذكر الحكم في الشاة من الخيار بين تضمين القيمة وتضمين انقصان لدفع شبهة ترد على اختيار تضمين النقصان بأن يقار النقصان بالذبح في الشاة انما كان بسبب تفاوت صلاحية الدور والنسب والجزور هي التي أعدت للذبح فلم يكن الدور والنسب مطلوبين ههنا فينبغي ان لا يضم الغصب النقصان بل يستحق اجر المثل من جزائه على المالك لانه يفتى بمقصوده فيها وكان زيادة له نقصان كما داغصب ثوبا فصبغ أجز حيث يضمن المالك للفاصل ما زاد المصنوع اذا اختار أحد ثوب يكون بمنع الحرة

(قوله قيل لانه تغير عما كان عليه) أقول قيل يرد عليه أن هذه صلاحية باقية في الساجدة بحالها غاية أن البنية عليه من غير ذلك كالبناء على الساجدة فانها تصلح للزراعة بحالها والبناء مانع كنقص عليه فليست امل (قوله ومن ذبح شاة غيره فماله بالخير ان شاء الله وان شاء ضمنه نقصانها) أقول لا مجال لهذا التوهم أصلا لانه لم يكن غصبها فهو تبرع لا يستحق به الا جرفا لا رلى طى قضية استتمت قاجر المثل من البين ويقرل بده ان ذابجه يجب أن لا يكون غاصبا

ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه قبل ليس لتقييده  
 بغير مأكول اللحم فائدة فإن حكم ما كوله أيضا كذلك لأنه عطف قوله وكذا إذا قطع يدهما على قوله إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء  
 ضمنه نقصانها فدل على أنهم مافى الحكم سواء ومن الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين  
 القيمة بلا خيار فهم ما يعنى في ما كول اللحم وغير مأكول إذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين أحدهما  
 أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول (٣٨٣) وكذلك إذا كانت غير مأكول اللحم والثاني أن التعليل يدل على مغايرة الحكم

بين قطع طرف ما كول  
 اللحم وغير مأكول حيث  
 قال في الأول أنه لا خلاف  
 من وجه وفي الثاني لوجود  
 الاستهلاك من كل وجه  
 والظاهر من كلامه نفي  
 اختيار المالك بين تضمين  
 قيمتها وبين امسالك الجثة  
 وتضمين نقصانها ويكون  
 ذلك اختيارا منه وإن كان  
 نقل الكتب على خلافه  
 فانه ذكر في الذخيرة والمغنى  
 فقال وفي المنتقى هشام عن  
 محمد رحمه الله رجل قطع  
 يد جارا أو رجلا وكان لما  
 بقي قيمة له أن يمسك ويباخذ  
 النقصان (قوله بخلاف  
 قطع طرف العبد المملوك)  
 متعلق بقوله للمالك أن  
 يضمه جميع القيمة وحاصل  
 الفرق بين الآدمي وغيره  
 أن الآدمي بقطع طرف  
 منه لا يصير مستهلكا من  
 كل وجه بخلاف الدابة فإنها  
 بعد ذلك لا ينتفع بها بما  
 هو المقصود بهما من الحمل  
 والركوب وغير ذلك قال  
 (ومن خرق ثوب غيره)  
 اختلف الناس في الحد

ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك أن يضمه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك  
 من كل وجه بخلاف قطع طرف العبد المملوك حيث يأخذ مع أرش المقتطوع لأن الآدمي يبقى منتفعا به  
 بعد قطع الطرف قال (ومن خرق ثوب غيره خرقا يسيرا ضمن نقصانه والثوب للمالك) لأن العين  
 قائم من كل وجه وانما دخله عيب فيضمنه (وان خرق خرقا كبيرا يبطل عامة منافعه فللمالك أن  
 يضمه جميع قيمته) لأنه استهلاك من هذا الوجه فكانه أحرقه قال رضى الله عنه معناه ترك  
 الثوب عليه وإن شاء أخذ الثوب وضمنه النقصان لأنه تعيب من وجه من حيث إن العين باقية  
 وكذا بعض المنافع قائم ثم إشارة الكتاب إلى أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع

زيادة فدفع تلك الشبهة بقوله وكذا الجزور وذلك لأن نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان  
 للمالك الخيار لأنه يحتمل أن يكون للمالك مقصود فيها سوى الدرو التسلل من الأسبان وتبقيتها إلى  
 زمان ليحصل مقاصده منها كذا في النهاية ومعراج الدراية وأما صاحب العناية خلاصة هذا  
 المعنى بعبارة أخرى حيث قال وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل  
 لجزائه على المالك لأنه حقق مقصوده فيه فكان ذلك زيادة فيه لا نقصاناً حيث أعدل الجزر غير مطلوب  
 منه الدرو التسلل وذلك لأن نفس إزالة الحياة عن الحيوان نقصان فكان للمالك الخيار لاحتمال أن يكون  
 له فيه مقصود سواهما من زيادة الأسبان والتأخير إلى وقت آخر لمصلحة له في ذلك اه كلامه ورد  
 عليه بعض الفضلاء قوله وانما خصه لدفع ما عسى أن يتوهم أن غاصبه يجب أن يستحق أجر المثل  
 حيث قال لا مجال لهذا التوهم أصلاً لأن فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الأجر وقال فالأولى  
 طى قضية استحقاق أجر المثل من البين ويقول بطله ان ذابحه يجب أن لا يكون غاصبا اه (أقول) ان قوله  
 لا مجال لهذا التوهم أصلاً تحكم وقوله لأن فعله لو لم يكن غصبا فهو تبرع لا يستحق به الأجر غير مسلم فانه  
 اذا لم يكن متبرعا لما زاده الصبغ فيما اذا أخذ ثوب غيره فصغبه أجزبل ضمنه للمالك اذا اختار أخذ  
 الثوب كما سيأتى فلم لا يجوز أن لا يكون متبرعا لما زاده الذبح فيما اذا مخرج جزور غيره بل استحق أجر المثل  
 بناء على أنه حقق مقصود المالك وهذا القدر من القياس ان لم يكن مناطا للاجتهاد فلا أقل من أن يكون  
 مفسدا للتوهم فلا بد من دفع ذلك التوهم فأشار المصنف الى دفعه بقوله وكذا الجزور وهذا هو مراد  
 الشراح ههنا ولا غبار عليه (قوله ولو كانت الدابة غير مأكول اللحم فقطع الغاصب طرفها للمالك  
 أن يضمه جميع قيمتها لوجود الاستهلاك من كل وجه) قال صاحب العناية قبل ليس لتقييده  
 بغير مأكول اللحم فائدة فإن حكم ما كوله أيضا كذلك لأنه عطف قوله وكذا إذا قطع يدهما على  
 قوله إن شاء ضمنه قيمتها وسلمها إليه وإن شاء ضمنه نقصانها فدل على أنهم مافى الحكم سواء ومن  
 الشارحين من قال هذا انما هو على اختيار صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين القيمة بلا خيار

الفاصل بين الخرق اليسير والفاحش فقال بعضهم ما أوجب نقصان ربع القيمة فهو فاحش  
 وما أوجب دونه فهو يسير وقال بعضهم ما أوجب نقصان نصف القيمة فهو فاحش وما أوجب دونه فهو يسير وأشار في القصدورى الى  
 أن الفاحش ما يبطل به عامة المنافع قبل معناه أن لا يبقى للباقى منفعة اثياب بأن لا يصلح لثوب ما  
 (قوله قبل ليس لتقييده بغير مأكول اللحم فائدة) أقول القائل هو صاحب النهاية (قوله ومن الشارحين من قال هذا الخ) أقول ان  
 كان المراد ببعض الشارحين العلامة الاتقانى فلا يرد على كلامه ما ذكره من وجهى النظر وإن شئت فراجع



قال المصنف رحمه الله (والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين) قيل يعني من حيث الظاهر والغلب إذا الظاهر أن الثوب إذا قطع يفوت شيء من أجزائه (وجنس المنفعة) يعني أن لا يبقى جميع منافعه بل ينشأ بعضه ويبقى بعضه (والسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة) وإنما يدخل فيه النقصان (يعني من حيث المالية بسبب فوات الجودة) وإنما كان ذلك صحيحاً وغيره (لأن محمد رحمه الله جهل في الأصل قطع الثوب نقصاناً فاحشاً) فقال وإذا غصب ثوباً فقطعه قيصاً ولم يخطئه فله أن يأخذ ثوبه ونعته ما نقصه القطع وإن شاء ترك الثوب عليه ونعته قيمة الثوب ولا شك أن الفاتت به بعض المنافع لأنه بعد ما قطع قيصاً يصلح للتميص وإن كان لا يصلح للقباء وأمثاله والساقط من القيمة أقل من الربع ومع هذا اعتبره محمد رحمه الله إحشاً وإذا عرف هذا فإن خرق ثوب غيره خرقاً يسيراً من نقصان الثوب لمالكه لأن العين قائم من كل وجه. وإنما دخله عيب فينعته وإن خرقه خرقاً كبيراً للمالك أن ينعته جميع قيمته

ويترك الثوب عليه لأنه استهلاك من هذا الوجه فله قبل القطع كان صاملاً لا تحاذ القباء والقميص وبعد لم يبق ذلك فكان مستهلكاً من وجه فإن شاء أخذ الثوب ونعته نقصان لأنه تعيب من وجه من حيث أن العين باقية وكذا بعض المنافع قائم فيميل إلى جهة الاستهلاك ونعته جميع القيمة أو إلى جانب البقاء وأخذ العين ونعته نقصان الثوب ووضع المسئلة بالفظ الثوب إشارة إلى أن الحكم عام في الذي يلبس كالقميص وغيره وفيما لم يلبس كالبراس قال (ومن غصب أرضاً) كلامه وإنه لا يحتاج إلى شرح لكن كان القاضي الإمام أبو علي النسفي يحكي عن الكرخي رحمه الله أنه ذكر في بعض كتبه تفصيلاً فقال إن كانت قيمة الساحة

والصحيح أن الفاحش ما يفوت به بعض العين وجنس المنفعة ويبقى بعض العين وبعض المنفعة والسير ما لا يفوت به شيء من المنفعة وإنما يدخل فيه النقصان لأن محمد جاهل في الأصل قطع الثوب نقصاناً فاحشاً والذات به بعض المنافع قال (ومن غصب أرضاً فغرس فيها أو بنى قبل له أقطع البناء والغرس وردها)

فيها ما يعني في ما كول الأعم وغيره ما كوله إذا قطع طرفه فكان فائدة ذكره رد ذلك الظاهر وفيه نظر من وجهين أحدهما أنه لو كان كذلك لكفى أن يقول وكذلك إذا كانت غيراً كول الأعم والثاني أن التعليل يدل على مغايرة الحكم بين قطع طرف ما كول الأعم وغيره ما كوله حيث قال في الأول أنه اتلاف من وجه وفي الثاني لوجود الاستهلاك من كل وجه إلى هنا لفظ العناية اه (أقول) القائل بعدم فائدة التقييد بغیر ما كول الأعم إنما هو صاحب النهاية وصاحب معراج الدراية وأما المراد بمن قال في قوله ومن الشارحين من قال فالظاهر أنه هو صاحب غاية البيان أذ لم يقل أحدهم من الشارحين بما يشبهه القول المذكور سوى صاحب العناية إلا أن ما نقله صاحب العناية ليس عين عبارة صاحب العناية أضافان عين عبارة هكذا هذا الفرق بين ما كول الأعم وغيره ما كول الأعم في قطع الطرف على ما ذهب إليه صاحب الهداية والظاهر وجوب تضمين جميع القيمة فيها بالخيار وقد مر من قبل هذا اه ولا يخفى على ذي مسكة أنه لا يرد على هاتيك العبارة شيء من وجهي نظر صاحب العناية لأن مسدور ورودهم على جعل مراد المصنف على تسوية ما كول الأعم وغيره ما كوله في الحكم وعبارة صاحب العناية تنادي على جعل مراده على الفرق بينهما حيث قال هذا الفرق بين ما كول الأعم وغير ما كول الأعم في قطع الطرف على ما ذهب إليه صاحب الهداية تبصر ثم قال صاحب العناية والظاهر من كلام المصنف في خيار المالك بين تضمين قيمتها وبين أمسالك الخمسة وتضمن نقصانها أو يكون ذلك اختياراً منه وإن كان نقول الكتب على خلافه فإنه ذكر في الذخيرة والمعنى فقال وفي النسفي هشام عن محمد رجل قطع يد جارية أوجه له وكان لما بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان اه (أقول) لما منع أن يمنع مخالفة ما اختاره المصنف لنقل الكتب المذكورة لأن مراد هشام عن محمد رحمه الله من جواز اختيار الأمسالك وأخذ النقصان فيما إذا قطع طرفاً من غير ما كول الأعم مقيد بأن كان لما بقي قيمة كما ترى ويجوز أن يكون ما اختاره المصنف وجوب تضمين جميع القيمة فيما إذا يكن لما بعد قطع

أقل من قيمة البناء فليس له أن يأخذها وإن كانت قيمة الساحة أكثر فله أن يأخذها قالوا وهذا قريب من مسائل حفظت عن محمد رحمه الله حيث قال في الوأوة سقطت من يد إنسان فأبطلت عن يد جارية إنسان ينظر إلى قيمة الدجاجة والوألوة فإن كانت قيمة الدجاجة أقل يخبر صاحب الوألوة أن شاء أخذ الدجاجة وتضمن قيمته للمالكها وإن شاء ترك الوألوة وتضمن صاحب الدجاجة قيمة الوألوة وكذا إذا دخل قرن الشاة في قدر الباقلاي وتعذر إخراجه بنظر أيهما كان أكثر قيمة فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه ويملك مال صاحبه ويخبر بعد ذلك في تلف أيهما شاء وله أمثال غير ما ذكرنا

(قوله فيؤمر صاحبه بدفع قيمة الآخر إلى صاحبه) أقول أي يؤمر صاحب الآخر بقيمة بأمس تخييراً والضمير في قوله إلى صاحبه راجع إلى الآخر

وقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق صحته  
 ليس لعرق ظالم حق صحته  
 في المغرب بتكوين عرق  
 أي لذى عرق ظالم وهو  
 الذي يغرس في الأرض  
 غرسا على وجه الاعتصاف  
 ليستوجبها وصف العرق  
 بالظلم الذي هو صفة صاحبه  
 مجازا وقد روي بالإضافة  
 أي ليس لعرق غاصب  
 ثبوت بل يؤمر بقلعه وقوله  
 (فتقوم لأرض الخ) يعتبر  
 قيمة الأرض بدون الشجر  
 عشرة دنانير مثلاً ومع  
 الشجر المستحق قلعه خمسة  
 عشر يضمن صاحب الأرض  
 خمسة دنانير للغاصب فيسلم  
 الأرض والشجر لصاحب  
 الأرض وكذا البناء (قوله  
 ومن غصب ثوبا الخ) ظاهر  
 وقوله (اعتبارا بفصل  
 الساحة) يعني كما في  
 فصل الساحة يؤمر بالقلع  
 إذا لم تتضرر الأرض به فكذلك  
 ههنا لأن في كل منهما ما  
 شغل ملك الغير بملكه  
 وقوله (لأن التمييز يمكن)  
 يعني بالعصر  
 (قوله وقوله عليه الصلاة  
 والسلام ليس لعرق ظالم  
 حق صحته في المغرب إلى  
 قوله بل يؤمر بقلعه) أقول  
 ولا مجال لكون ظالم نعتا  
 لذى لأنه معرفة

لقوله عليه الصلاة والسلام ليس لعرق ظالم حق ولأن ملك صاحب الأرض باق فان الأرض لم تصرف  
 مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها ولا بد للملك من سبب فيؤمر الشاغل بتفريغها كما إذا شغل طرف  
 غيره بطعامه (فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك المالك أن يضمن له قيمة البناء العرس  
 مقفوعا ويكرنان له) لأن فيه تدلر إلى ما ودفع الضرر عنه ما وقوله قيمته مقفوعا مسناه قيمة بناء أو شجر  
 يؤمر ببقائه لأن فيه أدلة قرار له فيه فتقوم الأرض بدون الشجر البناء وتقوم بهما شجر أو بناء  
 لصاحب الأرض أن يأمره بقلعه يضمن لنقله ما قال (سبب أو يأنضجه أجرا أو يرافلته  
 بسمن فصاحب بالخيار أن شاء ضمنه قيمة ثوب أبيض ومثل السويق وسلمه للغاصب وإن شاء أخذهما  
 وغرم ما زاد الصبغ والسمن فيهما) وقال الشافعي في الثوب لصاحبه أن يسكه ويأمر الغاصب بقلع  
 الصبغ بالقدر الممكن اعتبارا بفصل الساحة بنى فيها لأن التمييز يمكن بخلاف السمن في السويق لأن  
 التمييز متعذر

الطرف قيمة بدلالة قوله لوجود الاستهلاك من كل وجه على ذلك لأنه لا يوجد الاستهلاك من كل وجه  
 فما إذا كان لما بقي بعد قطع الطرف قيمة بل يبقى فيه منفعة القيمة فيصبره الكامن وجهه دون وجه  
 وكان أحب الكفاية تنبه لذلك حيث قال في شرح قول المصنف ولو كانت الدابة غير مأكولة الأعم  
 فقطع الغاصب طرفها للملك أن يضمنه جميع قيمته أي الواجب هنا جميع القيمة إذا لم يكن للدابة منفعة  
 بعد قطع طرفها لوجود الاستهلاك من كل وجه أما إذا كان لما بقي قيمة فله أن يمسك ويأخذ النقصان  
 ونقل ما في المتن من رواية هشام عن محمد بن عمار (قوله لقول النبي صلى الله عليه وسلم لعرق ظالم  
 حق) صحته في المغرب بتكوين عرق حيث قال أي لذى عرق ظالم وهو الذي يغرس في الأرض غرسا على  
 وجه الاعتصاف ليستوجبها وصف العرق بالظلم الذي هو صفة صاحبه مجازا وقد روي بالإضافة ليس  
 لعرق غاصب ثبوت بل يؤمر بقلعه كذا في العناية وغيرها (أقول) فيه إذ كرى المغرب شئ وهو أنه  
 قدر المضاف أولا حيث قال أي لذى عرق ظالم وجهه بل وصف العرق بالظلم تجوزا تأييدا وبينهما ما تنافر  
 لأنه إذا قدر المضاف يصير ظالم صفة له للعرق كما قالوا في قول النبي صلى الله عليه وسلم من ملك دار حرم  
 محرم منه عتق عليه أن قرله محرم صفة ذا وجوه الجوار فيتم معنى الكلام على حقه فله أن لا يكون للصير إلى  
 التجوز وجهه عن هذا ذكر المحشمري في الفائق ما ذكره المطرزي في المغرب خلا القول بوصف العرق  
 بالظلم على سبيل التجوز اللهم إلا أن يكون مراد صاحب المغرب بقوله أي لذى عرق ظالم مجرد عنه وبالمعنى  
 لأن هناك مضافا محذورا وقال بعض الفضلاء ولا مجال لكون ظالم نعتا لذى لأنه معرفة اه  
 (أقول) هذا الكلام من مثل ذلك أمر عجيب فاعذ الذي يعني ما أحب لا يكون المضافا ويكون نكرة  
 أن أضيف إلى نكرة ومعرفة أن أضيف إلى معرفة وعن هذا قال الجوهري في صحاحه وأما الذي يعني  
 صاحب فلا يكون المضافا فإن رصف به نكرة أضيفته إلى نكرة وإن رصف به معرفة أضيفته  
 إلى الالف واللام ولا يجوز أن تضيفه إلى مضمير لا إلى زيد وما أشبهه اه ولا ريب أن المضاف إليه الذي  
 فيما نحن فيه وهو عرق نكرة فيكون المضاف أيضا نكرة فلا معنى لقوله ولا مجال لكون ظالم نعتا  
 لذى لأنه معرفة وكان وهمه ذهب إلى ذي التي هي، وثبت ذم من أسماء الإشارة التي هي من أنواع  
 المعارف ونعم ما قالوا لكل جواد كبوة ولكل صارم ندوة (قوله ولأن ملك صاحب الأرض باق  
 فان الأرض لم تصرف مستهلكة والغصب لا يتحقق فيها الخ) أقول لمؤثرهم أن يتوهم أن قوله في  
 التحليل والخ لا يتحقق فيها في وضع المسألة في الغصب بأن قال ومن غصب أضاف غرس فيها  
 أو بنى فاجاب أن المباد بالغصب المذكور في وضع المسألة هو مع ما للغري وبأخص المبنى متحقق  
 في الأرض في أثناء التحليل وهو معناه اشترعى على أصله أنه قد زاد ما فاة وقال صاحب غاية البيان قد مر

وقوله (ولنا مينا) يعني في مسئلة الساجدة بالجسم بقوله ووجه آخر لنا وقوله (والخبرة لصاحب الثوب) جواب عما يقال لم لا يكون الخيار لصاحب الصبغ يعني ان شاء سلم الثوب الى مالكه وضمنه قيمة صبغه وان شاء ضمن قيمة الثوب أبيض وبيانه أن تخيير كل منهم ما تمعذر له واز وقوع التساوي بينهما وتخير المالك أولى لان الثوب أصل والصبغ صفة فيكون كالتابع له والسويقي بمنزلة الثوب والسمن بمنزلة الصبغ (قال أبو عصمة) المروزي رحمه الله (في أصل

(٣٨٥)

المسئلة)

توبيا فصبغه أحر واحترز  
بهذا القيد عن أن يتوهم  
أن هذا الحكم الذي ذكره  
أبو عصمة متعلق بما يليه  
من مسئلة الانصباغ وان  
كانت مسئلة الانصباغ  
كذلك لكن وقع من أبي  
عصمة في أصل المسئلة  
فقيره بذلك تحصيل النقل  
(وقد ظهر بما ذكرنا) في  
مسئلة الصبغ والانصباغ  
(الوجه) يعني جواب  
المسئلة وتعليلها (في  
السويقي) من حيث الخلط  
والاختلاط بغير فعل  
(غير أن السويقي من ذوات  
المثال فيضمن مثله  
والثوب من ذوات القيم  
فيضمن قيمته وقال في  
الاصل يضمن قيمة السويقي  
لان السويقي يتفاوت  
بالقي والم يبق مثليا وقيلا  
المراد منه (أي من القيمة  
المثل سمائه) أي سمى المثل  
بالقيمة (لقيامه مقامه) أي  
لقيام المثل مقام المصوب  
وذكر لفهمه في منه وبه  
بتأويل ما يقوم (قوله فعن  
محمد رحمه الله أنه ينظر الخ)

ولنا مينا ان فيه رعاية الجنتين والخبرة لصاحب الثوب لكونه صاحب الأصل بخلاف صاحب الصبغ  
فيها لان النقص له بعد النقص أما الصبغ فينلاشي وبخلاف ما اذا انصبغ بهبوب لربح ولا جناية  
من صاحب الصبغ ليضمن الثوب فيتملك صاحب الأصل الصبغ قال أبو عصمة في أصل المسئلة ومن  
شارب الثوب باعه ويضرب بقيمته أبيض وصاحب الصبغ بما اراد الصبغ فيه لانه لا يتملك  
الصبغ بالقيمة وعند امتناعه تبين رعاية الجنتين في البيع وبتاقي هذا فيما اذا انصبغ الثوب بنفسه  
وقد ظهر بما ذكرنا الوجه في السويقي غير أن السويقي من ذوات الامثال فيضمن مثله والثوب من  
ذوات القيم فيضمن قيمته وقال في الأصل يضمن قيمة السويقي لان السويقي يتفاوت بالقي فلم يبق  
مثليا وقيلا المراد منه المثل سمائه لقيامه مقامه والفقرة كالجرة ولو صبغه أسود فهو نقصان عند  
أبي حنيفة وعندهما زيادة وقيل هذا الاختلاف عصر وزمان وقيل ان كان ثوبا بيا تنصه السواد  
فهو نقصان وان كان ثوبا بيا يذيقه السواد فهو كالجرة وقد عرف في غيره هذا الموضع ولو كان ثوبا  
تنقصه الجرة بأن كانت قيمته ثلاثين درهما فتراجعت بالصبغ الى عشرين فعن محمد أن ينظر الى  
ثوب تزيد فيه الجرة فان كانت الزيادة خمسة يأخذ ثوبه وخمسة دراهم لان احدي الخمسة تبين  
جبرت بالصبغ

في أوائل كتاب الغصب عند قوله والغصب فيما ينقل ويحول أن عبارات مشابهتنا اختلفت في غصب  
الدور والعقار على مذهب أبي حنيفة وأبي يوسف فقال بعضهم يتحقق في فيها الغصب ولكن لا على وجه  
يوجب الضمان واليه مال القدر في قوله واذا غصب عقارا فلهك لا يضمنه عند أبي حنيفة وأبي يوسف  
فعلى هذا لا يرد السؤال على قوله ومن غصب أرضا وقدل بعضهم لا يتحقق فيجب عنه بأن يقال لما ذكر  
بصورة الغصب سماء غصبا كما في قوله تعالى الا انكس لانه تصور بصورة الملائكة انه كلامه (أقول)  
قد مر من أيا هذا أنه لم يقل أحد من مشايخنا أن الغصب الشرعي يتحقق عند أبي حنيفة وفي يوسف  
في العقار ولو قال ذلك لما صح منه أن يقول لا على وجه يوجب الضمان فان وجوب الضمان عند  
هؤلاء المصوب في يد الغاصب حكم مقر لمطلق الغصب الشرعي لا يختلف عنه عند أحد وانما اختلف  
صاحب الغاية باستعمال بعض المشايخ لفظ الغصب في العقار بتوجيه ذلك على طرف لتسامحهم له  
على المعنى اللغوي كما قررناه آنفا فلا وجه لانه عدم ورود السؤال على قوله ومن غصب أرضا على القول  
بتحقق الغصب الشرعي في العقار على أنه لو بئى عليه لورد السؤال عن قول المسئلة في تعليل ذلك  
والغصب لا يتحقق فيها اذ يلزم حينئذ ان لا يثبتو التعليل المثل واما الجواب الذي ذكره صاحب الغاية  
على تقدير عدم القول بتحقق الغصب في العقار بأد لما كان في صورة الغصب سماء غصبا فله وجه  
ولكن فيما ذكرناه من الخل على المعنى اللغوي مندوحة عنه كما يحكي

(٩٩ - تكمله سابع)

دراهم لان صاحب الثوب استوجب نقصان الثوب عشرة واستوجب الصباغ عليه قيمة لصبغ خمسة فالحصة بالخمس قصاص ويرجع  
عليه بما بقي من النقصان وهو خمسة وهذا رواية هشام عن محمد بن وهبان

(قوله قال أبو عصمة المروزي) أقول هو سعد بن معاذ المروزي تلميذ ابراهيم بن يوسف تلميذ أبي يوسف رحمه الله

**فصل** لما فرغ من كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضممان شرع في ذكر مسائل تتصل بمسائل الغصب قال (ومن غصب عينا فغيبها) فالمالك بالخيار أن شاء صبر إلى أن توجد وأن شاء ضمنه قيمتها فإن اختار تضمين القيمة فضمنها الغاصب ملكها عندنا خلافا للشافعي رحمه الله قال (الغصب عدوان محض وما هو كذلك لا يصلح سببا للملك) كالو غصب مدبر أو غيبه وضمن قيمته فإنه لا عليك بالاتفاق (ولنا المالك ملك البدل وهو القيمة بأكمله) يعني يدور رقبته وكل من ملك بدل شي خرج المبدل عن ملكه في مقابله ودخل في ملك صاحب البدل دفعا للضرر عن مالك البدل لكن بشرط أن يكون المبدل قابلا للنقل من ملك إلى ملك والمدير ليس كذلك وكلامه يشير إلى أن سبب الملك هو الغصب واللام يمكن تعليل الشافعي بذلك مناسبا ما هو مذهب القاضي أبي زيد رحمه الله فإنه قال في الأسرار قال علماءنا رحمه الله الغصب يفيد الملك في المصوب عند القضاء بالضممان أو التراضي قال شمس الأئمة رحمه الله في المبسوط وهذا وهم فإن الملك لا يثبت عند أداء الضمان من (٣٨٦) وقت الغصب للغاصب حقيقة وله هذا لا يملكه الولد ولو كان الغصب هو السبب لكان

**فصل** ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها وهذا عندنا وقال الشافعي لا يملكها لأن الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كافي المدير ولنا أنه ملك البدل بأكمله والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه بخلاف المدير لأنه غير قابل للنقل لحق المدير نعم قد يفسخ التدبير بالقضاء لكن البيع بعده يصادف القن

**فصل** لما فرغ من ذكر كيفية ما يوجب الملك للغاصب بالضممان ذكر في هذا الفصل مسائل متفرقة تتصل بمسائل الغصب كما هو أدب المصنفين كذا في النهاية وذكر صاحب العناية أيضا بعبارات أقصر (أقول) فيه كلام وهو أن المذكور في الفصل السابق ما يوجب الملك للغاصب بفعله وعمله لا بالضممان كما يشعر به هناك عنوان الفصل حيث قال فصل فيما يتغير بعمل الغاصب ويدل عليه قطعا قوله وإذا تغيرت العين المصوبة بفعل الغاصب حتى زال اسمها وعظم منافعها زال ملك المصوب منها عنها وملكها للغاصب ولو سلم ذلك كان ينبغي أن يذ كر في الفصل السابق ما ذكر في صدر هذا الفصل وهو قوله ومن غصب عينا فغيبها فضمنه المالك قيمتها ملكها فإنه من قبيل ما يوجب الملك للغاصب بالضممان صريحا (قوله وقال الشافعي لا يملكها لأن الغصب عدوان محض فلا يصلح سببا للملك كافي المدير ولنا أنه ملك البدل بأكمله والمبدل قابل للنقل من ملك إلى ملك فيملكه دفعا للضرر عنه) قال صاحب العناية بعد شرح كلام المصنف وكلامه يشير إلى أن سبب الملك هو الغصب واللام يمكن تعليل الشافعي بذلك مناسبا اه وأورد عليه بعض الفضلاء حيث قال فيه بحث فإن عدم مناسبه لا يهمل مناعته أن يكون وجهها آخر لنا في الجواب اه (أقول) كيف لا يهمل مناعده مناسبه تعليله وهو خصمنا في هذه المسئلة وتزيف دلائل خصمنا ما همنا لا محالة فلم يكن سبب الملك هو الغصب عندنا لكان ينبغي على المصنف بيان عدم مناسبه تعليله لما قلنا لتزيف دليله فان قيل قد استغنى المصنف عن تزيف دليله بهذا الوجه بما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل بأكمله الخ كما أشار إليه ذلك البعض بقوله غاية أن يكون وجهها آخر لنا في الجواب قلنا ما ذكره بقوله ولنا أنه ملك البدل الخ لا يصلح جوابا آخر عما قاله

جواب عما يقال لانسلم أن المدير لا يقبل النقل فإن مولاه لم يباعه وحكم القاضي بجوازيه جازا البيع وفسخ الشافعي التدبير وتقرير القول بالموجب يعني نعم هو كذلك لكن هو في ضمن قضاء القاضي في الفصل المجتهد فيه حينئذ كان البيع مصادفا لأن لا المدير فيجوز بيعه لمصادفته القن بهذا الطريق وأما ما نحن فيه فلم ينفسخ التدبير والكلام فيه

**فصل** (قوله لما فرغ من كيفية) أقول الظاهر بتدليل الكيفية بالبيات (قوله ما يوجب الملك) أقول أي بعمل الغاصب (قوله فإنه لا عليك بالاتفاق) أقول لكن التعليل مختلف فعند الشافعي لأن الغصب لا يصلح أن يكون سببا للملك وعندنا لأن المدير لا يقبل النقل كما يجيء قال المصنف (والمبدل قابل للنقل) أقول قوله والمبدل حال أو عطف بيان (قوله واللام يمكن تعليل الشافعي بذلك مناسبا) أقول فيه بحث فإن عدم مناسبه لا يهمل مناعته أن يكون وجهها آخر لنا في الجواب (قوله وقيل فيه نظر) أقول القائل هو الاتقاني (قوله بل بطريق الاستناد والثابت به ثابت من وجهه فلا يظهر أثره في ثبوت الزيادة المنفصلة) أقول وكذلك في البيع الموقوف عليك مستندا كما مر في البيع مع أنه يملك الزوائد المنفصلة

إذا تم الملك بذلك السبب  
عناك الزوائد المنفصلة  
والمنفصلة ومع هذا في هذه  
العبارة بعض الشبهة  
فالغصب عدوان محض  
والمالك حكم مشروع  
مرغوب فيه فيكون سببه  
مشروعا ومرغوبا فيه ولا  
يصلح أن يجعل العدوان  
المحض سببا لأنه ترغيب  
للناس فيه لتحصيل ما هو  
مرغوب لهم به ولا يجوز  
إضافة مثله إلى الشرع  
وقيل فيه نظرا لأنه  
لا يراد بكون الغصب سببا  
للك عند أداء الضمان أنه  
يوجب مطلقا بل بطريق  
الاستناد والثابت به ثابت  
من وجهه دون وجهه فلا  
يظهر أثره في ثبوت الزيادة  
المنفصلة وقوله (نعم قد  
يفسخ التدبير بالقضاء)

قال ( والقول في القيمة قول الغاصب مع عينه ) اذا اختلفا في قيمة المغصوب فالقول فيها قول الغاصب مع عينه ( الآن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك ) فحينئذ لم يكن القول قول الغاصب بل يكون للمالك ( لانه أثبتته بالحجة المزمعة ) فان عجز عن إقامة البينة وطلب عين الغاصب والغاصب يئس منه تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يخلف على دعواه لان بينته تنفي الزيادة والبينة على النفي لا تقبل وقال بعض مشايخنا رحمه الله ينبغي أن تقبل لاسقاط اليمين كالودع اذا ادعى رد الوديعة فان القول قوله ولو أقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي الامام أبو علي النسفي رحمه الله يقول هذه المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه المسئلة ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لان المودع ليس عليه الا اليمين وبإقامة البينة أسقطها وارتفعت الخصومة وأما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وبإقامة البينة لم يسقط الا اليمين فلا يكون في معنى الوديعة وكأن المصنف رحمه الله اختار قول من قال ذكر أوصاف المغصوب في دعوى الغصب ليس بشرط حيث لم يذكره وهو الاصح قال محمد رحمه الله في الاصل اذا ادعى رجل على رجل أنه غصب منه جارية له وأقام على ذلك بينة يحبس المدعى عليه حتى يجي بها ويردها على صاحبها قال شمس الأئمة الحلواني رحمه الله ينبغي أن تحفظ هذه المسئلة لانه قال أقام بينة أنه غصب جارية له ولم يبين جنسها وصفها وقتها وانما كان ذلك أصح لأجل الضرورة فان الغاصب يمنع عن احضار المغصوب عادة وحين يغصب انما يأتي من الشهود معاينة فعل الغصب دون العلم بأوصاف ( ٣٨٧ ) المغصوب فسقط اعتبار علمهم

بالأوصاف لأجل التعذر ويثبت بشهادتهم فعل الغصب في محل هو مال متقوم فصار ثبت ذلك بالبينة كنبوته بإقراره فيحبس حتى يجي به وعلى هذا الاحتجاج الى تأويل أبي بكر الأعمش وهو ما قال تأويلها أن الشهود شهدوا على اقرار الغاصب بذلك فأما الشهادة على فعل الغصب فلا تقبل مع جهالة المغصوب لان المقصود اثبات الملك للمدعى في المغصوب والقضاء بالمجهول غير ممكن ( فان ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن ) فأما

قال ( والقول في القيمة قول الغاصب مع عينه ) لان المالك يدعي الزيادة وهو ينكر والقول قول المنكر مع عينه ( الآن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك ) لانه أثبتته بالحجة المزمعة قال ( فان ظهرت العين وقيمتها أكثر مما ضمن ) وقد ضمنها بقول المالك أو يمينه أقامها أو يتكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك وهو الغاصب ) لانه تم له الملك بسبب اتصال به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار قال ( فان كان ضمنه يقول الغاصب مع عينه فهو بالخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض ) لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة وأخذها دونها عدم الحجة ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الاخير فكذلك الجواب في ظاهر الرواية وهو الاصح خلافا لما قاله الكرخي رحمه الله انه لا خيار له لانه لم يتم رضاه حيث لم يعط له ما يدعيه والخيار لقوات الرضا الشافعي ولا يندفع به اشكال أن يكون ما هو وعد وان محض سبب الملك كاذكره الشافعي في تعليقه ولو لم يكن سبب الملك عندنا هو الغصب لما تزل منع كون الغصب سببا للملك عندنا في الجواب عما قاله الخصم فهل يستغنى العاقل عن مثل هذا الأمر الجلي القاطع عند امكن التثبت به بمثل ما ذكره المصنف مما هو كثير من المقدمات خفي الدلالة على دفع ما قاله الخصم كترى فصح ما ذهب اليه صاحب العناية من أن سوق كلام المصنف ههنا يشير الى أن سبب الملك عندنا هو الغصب كما سرح به القاضي أبو زيد في الامر ارجع حيث قال قال علماءنا الغصب يفيد الملك في المغصوب عند القضاء بالضمن أو التراضي عليه ( قوله الآن يقيم المالك البينة بأكثر من ذلك ) فان عجز المالك عن إقامة البينة وطلب عين الغاصب

أن يكون ضمن بعد تمام الرضا أولا فان كان الاول كالوضمنها بقول المالك أو يمينه أقامها المالك أو يتكول الغاصب عن اليمين فلا خيار للمالك والعين للغاصب لانه تم له الملك بسبب اتصال به رضا المالك حيث ادعى هذا المقدار وان كان الثاني كالوضمنه يقول الغاصب مع عينه فله الخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض لانه لم يتم رضاه بهذا المقدار حيث يدعي الزيادة فان قبل أخذه القيمة وان كانت ناقصة بدل على تمام الرضا فكانت كالمسئلة الاولى أجاب بقوله ( وأخذها دونها ) أي أخذ المالك ما دون الزيادة لا يدل على تمام الرضا لانه انما أخذ ذلك للضرورة وهي عدم الحجة فلا يدل على رضاه بخلاف المسئلة المتقدمة لان دعواه تلك القيمة كانت باختياره ولو ظهرت العين وقيمتها مثل ما ضمنه أو دونه في هذا الفصل الاخير ( يعني ما اذا ضمنه يقول الغاصب مع عينه ) فكذلك الجواب ( أي فهو بالخيار ان شاء أمضى الضمان وان شاء أخذ العين ورد العوض ) في ظاهر الرواية ( وقال الكرخي رحمه الله لا خيار له في استردادها لانه توفر عليه بدل ملكه بكمله ) ( وهو ) أي ظاهر الرواية ( الاصح ) لانه لم يتم رضاه بزال العين عن ملكه حيث لم يعط ما يدعيه من القيمة وما لم يتم الرضا لم يسقط الخيار

( قوله فلا يكون في معنى المودع ) أقول ينظر فان الغاصب مدع صورة ومن هذه الجهة قلت بينة المودع وبينه مدعى الثمن الناقص اذا اختلفا في ثمن السلعة كما مر في الدعوى ( قوله حيث لم يذكره وهو الاصح ) أقول فيه تأمل



قال (ومن غصب عبد أفاعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وإن أعتقه الغاصب عن نفسه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة اجتماع البذل والمبذل في ملك شخص واحد ولهذا يظهر في حق الأ كساب دون الأولاد (٣٨٨) على ما ذكره الناقص يكفي لنفوذ البيع دون الاعتاق بالنص كمالك المكاتب

قال (ومن غصب عبد أفاعه فضمنه المالك قيمته فقد جاز بيعه وإن أعتقه ثم ضمن القيمة لم يجز عتقه) لأن ملكه الثابت فيه ناقص لثبوته مستندا أو ضرورة ولهذا يظهر في حق الأ كساب دون الأولاد والناقص يكفي لنفوذ البيع دون العتق كمالك المكاتب قال (وولد المغصوبة ونحوها وغرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب إن هلك فلا ضمان عليه إلا أن يتعدى فيها أو يطلبها مالكها فممنعها إياه) وقال الشافعي زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة لوجود الغصب وهو إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه كإثبات اليد على المخرج من الحرم إذا ولدت في يده يكون مضمونا عليه ولأن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب

والغاصب بينة تشهد بقيمة المغصوب لم تقبل بينته بل يحلف على دعواه لأن بينته تنفي الزيادة والبيئة على النفي لا تفصل وقال بعض مشايخنا ينبغي أن تقبل لاسقاط اليمين كالمودع إذا ادعى رد الوديعة فإن القول قوله ولو أقام البينة على ذلك قبلت وكان القاضي أبو علي النسفي يقول هذا المسئلة عدت مشكلة ومن المشايخ من فرق بين هذه ومسئلة الوديعة وهو الصحيح لأن المودع ليس عليه إلا اليمين وباقامة البينة أسقطها وارتفع الخصومة وأما الغاصب فعليه ههنا اليمين والقيمة وباقامة البينة لم يسقط إلا اليمين فلا يكون في معنى المودع كذا في العناية وغيرها (أقول) فيما ذكرنا من وجه الفرق نظر فإنه إنما يفيد أن لا يكون الغاصب في هذه المسئلة كالمودع من جميع الوجوه حيث وجب على الغاصب اليمين والقيمة ولم يجب على المودع إلا اليمين وهذا لا ينافي صحة قياس هذه المسئلة على مسئلة الوديعة في قبول البينة لاسقاط اليمين لأن الاتحاد بينهما في هذه الجهة كاف في صحة القياس ولا يضرها وجوب القيمة على الغاصب لأن الواجب عليه فيما إذا عجز المالك عن إقامة البينة على الأكثر إنما هو الأقل الذي كان معترفه وليس مقصوده من إقامة البينة عليه إلا مجرد اسقاط اليمين على الزيادة عن نفسه وإذا حصل له هذه الفائدة صار في معنى المودع من جهة الاتحاد فائدة قبول البينة فتدبر (قوله ولأن الغصب إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب) واعترض بأن هذا يقتضي أن يضمن الولد إذا غصب الجارية حاملا لأن اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فإنه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل فقبلت في يد الغاصب وولدت والرواية في الأسرار وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بحال بل يعد عيبا في الأمانة فلم يصدق عليه إثبات اليد على مال الغير كذا في العناية وكثير من الشروح (أقول) في الجواب بحث لأن الحمل قبل الانفصال لو لم يكن مالا لم يصح اعتاقه وتدبيره إذا الظاهر أن محل الاعتاق والتدبير لا يكون إلا المالا ولو قد تقررت في ذلك أنه يصح اعتاقه وتدبيره فيلزم أن يكون مالا ولو سلم أن محل الاعتاق والتدبير لا يلزم أن يكون مالا بل يكفي أن يكون ملكا وأن الملك يجوز أن يتحقق في غير المال أيضا فالجواب أنه كذا لا يصلح بارة الكتاب لأن الحاصل منه أنه وجه عدم ضمان الولد فيما إذا غصب الجارية حاملا هو عدم كونه الحمل قبل الانفصال مالا أن يد المالك ما كانت ثابتة عليه وقد قال في الكتاب ويد المالك ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب وبه شك أن هذه العبارة لا تتناول

فإن له أن يبيع عبده وليس له أن يعتقه وقيد باعتاق الغاصب ثم بتضمينه احترازا عن اعتاق المشتري من الغاصب ثم تضمن الغاصب فإن فيه روايتين في رواية يصح اعتاقه وهو الأصح قياسا على الوقف وفي رواية لا يصح وقد تقدم في بيع الفضولي (وولد المغصوبة ونحوها) كالسمن والجمل وغرة البستان المغصوب أمانة في يد الغاصب لا تضمن إلا بالتعدى أو بالجحد عند طلب المالك والأ كساب الحاصلة باستغلال الغاصب ليست من غمائه في شيء حتى تضمن بالتعدى لما أنها عوض عن منافع المغصوب ومنافعه غير مضمونة عندنا كذا يدلها وقال الشافعي رحمه الله زوائد المغصوب مضمونة متصلة كانت أو منفصلة بناء على أن حصد الغصب عنده إثبات اليد على مال الغير بغير رضاه وهو موجود في هذه الصورة فكان كالطبية المخرجة من الحرم إذا ولدت في يده فإن الولد يكون مضمونا عليه لوجوده بسبب الضمان في حق الأم وإن لم يكن

هناك منع من المخرج (ولأن إثبات اليد على مال الغير على وجه يزيل يد المالك على ما ذكرنا في أول كتاب الغصب وإثبات اليد على ذلك الوجه ليس بوجود فيما نحن فيه لأنها ما كانت ثابتة على هذه الزيادة حتى يزيلها الغاصب

(قوله دون الاعتاق بالنص) أقول قال النبي عليه الصلاة والسلام لا عتق فيما لا يملك ابن آدم

واعترض بأن هذا يقتضي أن ضمن الولد إذا غصب الجارية حاملا لأن اليد كانت ثابتة عليه وليس كذلك فإنه لا فرق بين هذا وبين ما إذا غصبها غير حامل فثبت في يد الغاصب وولدت والرواية في الأمر وأجيب بأن الحمل قبل الانفصال ليس بحال بل يعد عيبا في الأمانة فلم يصدق عليه اثبات اليد على مال الغير سلمنا ذلك لكن لا إزالة عنه ظاهر إذا اظهر عدم المنع عند الطلب حتى لو منعه بعد الطلب أو تعدى فيه قلنا بالضمان كما قال في الكتاب وذلك بأن أنفسه أو ذبحه أو كله أو بضعه وسلمه وانما ذكر التسليم لأن التعدي لا يتحقق بمجرد البيع بل بالتسليم بدهه فان تفويت يده يحصل به لأنه كان متمكنا من أخذه من الغاصب وقد زال ذلك بالبيع والتسليم وعورض بأن الأتم مضمونة البتة والأوصاف القارة في لامهات تسرى إلى الأولاد كالجارية والرق والملأ الذمراء وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأتم بل هو لزوم حتى في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان مجازا فان قيل قد وجد الضمان في مواضع فلم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أماره يرفعها وذلك كغاصب الغاصب فإنه يضمن وإن لم يزل يده المالك بل أرسل يد الغاصب والمقتطاع انهم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يداو المغرور اذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يدا في حق الولد ويضمن (٣٨٩) الاموال بالادلاف تسببا كحفر البئر

ولو اعتبر ثابتة على الولد لا يزيلها اذا اظهر عدم المنع حتى لو منع الولد بعد طلبه بضمه وكذا اذا تعدى فيه كما قال في الكتاب وذلك بأن أنفسه أو ذبحه أو كله أو بضعه وسلمه وفي الطية المخرجة لا يضمن ولدها اذا هلك قبل التمكن من الارسال لعدم المنع وانما يضمنه اذا هلك بعد لوجود المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع على هذا أكثر مشايخنا ولو أطلق الجواب فهو ضمان حناية

ما إذا غصب الجارية حاملا مع أنه لا يضمن الزيادة في هاتيك الصورة أيضا كما ذكر في لاسرار فلم يندفع ورود الاعتراض المذكور على عبارة الكتاب كما لا يخفى (قوله ولو اعتبر ثابتة على الولد لا يزيلها اذا اظهر عدم المنع) أقول هذا الغاية فيما إذا غصب الجارية غير حامل فثبت في يد الغاصب وأما فيما إذا غصبها حاملا فلا لأن الولد في هذه الصورة كان جزءا من أمه حين الغصب فكان ازاله يزيل المالك عن أمه مستلزما لزال التناعه أيضا ضرورة استلزام ازالة اليد عن الكل ازال التناعه أجزائه فلا يتصور اذ كان أن يقال ولو اعتبر ثابتة على الولد لا يزيلها ولا يصح التحليل بأن يقال اذا اظهر عدم المنع لأن منع الكل بإزالة يده المالك عنه منع لجزئه أيضا وقد صرحوا بأنه لا فرق بين ما اذا غصبها حاملا وبين ما اذا غصبها غير حامل فثبت في يد الغاصب في كون الولد غير مضمون عندئذ كان التحليل المذكور قاصرا عن إقالة تمام المسئلة قال صاحب العناية وعورض بأن الأتم مضمونة البتة والأوصاف التي ترقى في الامهات تسرى إلى الأولاد كالجارية والرق والملأ في الشراء وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأتم بل هو لزوم حتى في ذمة الغاصب فان وصف به المال كان جزءا من أمه وقد سبقه اليه ذكر مضمون هذا السؤال والجواب صاحب النهاية ومعراج الدراية (أقول) في الجواب نظر لأن الضمان مصدر للفعل المتعدي يقال ضمنه ضمنا ولتمثل هذا المصدر تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار يصير وصفه وتعلق بالفعول به وبهذا الاعتبار يصير وصفه أيضا وقد صرح به المحقق التتميز في التلويح في فصل ألفاظ العام وحقه حيث قال ان الفعل المتعدي محتاج إلى المفعول به في التعقل ولوجود جميعها

باعتبار المنع بعد طلب صاحب الحق وهو الشرع لا باعتبار أن الام مضمونة وعلى هذا الوجه من الجواب أكثر مشايخنا (واذا أطلق) يعني لو قيل بوجوب الضمان في ولد الطيبة سواء هلك قبل التمكن من الارسال أو بعده (فهو ضمان حناية) أي اتلاف لأن صدام الحرم وزوائده كان أمنا والحرم صيدا وذلك في بعده عن أيدينا فالوقوع في أيدينا تلف المعينة فيمنع لذلك بمجرد الوقوع في أيدينا

(قوله سلمنا ذلك لكر لا إزالة عنه ظاهرا) أقول فيه بحث فان الإزالة عن الكل ازالة عن الجزء (قوله بان تفويت يده يحصل به) أقول فان قيل ما كانت يده ثابتة حتى ينفوت قلنا فرق بين التفويت والإزالة فالاول لا يقتضي الثبوت (قوله وأجيب بأن الضمان ليس بصفة قارة في الأتم بل هو لزوم حتى في ذمة الغاصب) أقول فيه تأمل (قوله والمغرور اذا منع الولد يضمن به الولد) أقول فان ولد المغرور وحررت القيمة (قوله لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا الخ) أقول فيه تأمل اذ حثنا لا يستدل بانتفاء الغصب على انتفاء ضمان كأي مسئلتنا مع أن المسئلتين الأولين دللتا على أن مجرد اثبات اليد يكفي في الضمان (قوله فيضمن لاداء بمجرد الوقوع) أقول الاولى أب يقول بتكرار الضمان بدلالة ما قبله وما بعده

(ولهذا يتكرر) الجزاء (بتكررهذه الجناية) فإنه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاءه آخر ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكررهذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم (قوله ويجب) يعني الضمان (بالاعانة والاشارة بالنص فلا ينبغي بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الأثم أولى) قال (وما نقصت الجارية بالولادة الخ) ما نقصت الجارية (٣٩٠) بسبب الولادة في يد الغاصب فهو في ضمان الغاصب ولو غصبها فولدت عندهم فمات

الولد فعليه رد الجارية وورد نقصان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة لان الجارية بالغصب دخلت في ضمانه بجميع اجزائها وقد فات جزء مضمون منها فتكون مضمونة عليه كالمولات كلها فان ردت الجارية والولد وقد نقصت قيمة الجارية وقيمة الولد تصلح أن تكون جارة لذلك النقصان لم يضمن الغاصب شيئا وقال رفر والشافعي رحمه الله لا ينجر النقصان بالولدان للولم ملكه فلا يصلح جارا للملكه كما في ولد الطيبة المخرجة من الحرم اذا نقص قيمتها وقيمة ولدها تساوي ذلك النقصان فله لا ينجر به ابل يجب ضمان النقصان مع وجوب ردهما الى الحرم وكما اذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الام وقيمة الولد وفاه وكما اذا جز صوف شاة غيره فنبت مكانه آخر أو قطع قوائم شجر الغير فنبت قوائم أخرى مكانها أو خصى عبد غيره فزادت قيمته بسبب الخصاء أو علمه الحرفة فأضناه التعليم فإنه لا ينجر الصوف بالصوف والقوائم بالقوائم ولا ما نقص من الجزء بالخصاء والتعليم بما زاد من القيمة

ولهذا يتكرر بتكررها ويجب بالاعانة والاشارة فلا ينبغي بما هو فوقها وهو اثبات اليد على مستحق الأثم أولى وأخرى قال (وما نقصت الجارية بالولادة في ضمان الغاصب فان كان في قيمة الولد وفاه به انجر النقصان بالولد وسقط ضمانه عن الغاصب) وقال زفر والشافعي لا ينجر النقصان بالولدان الولد ملكه فلا يصلح جابر المملكه كما في ولد الطيبة وكما اذا هلك الولد قبل الرد أو ماتت الأم وبالولد وفاه وما كان اذا جز صوف شاة غيره أو قطع قوائم شجر غيره أو خصى عبد غيره أو علمه الحرفة فأضناه التعليم

والى المفعول فيه في الوجود فقط وقال وله تعلق بالفاعل وبهذا الاعتبار هو وصفه وتعلق بالمفعول به وبهذا الاعتبار هو وصفه وقال ولا امتناع في قيام الاضافات بالمضافين ورد به قول صاحب الكشاف ان الضرب قائم بالضارب فلا يقوم بالمضروب لا امتناع قيام الوصف الواحد بشخصين فقد ظهر منه أن الضمان كما يوصف به الغاصب حقيقة فيقال هو ضمان يوصف به المال أيضا حقيقة فيقال هو مضمون فقوله هو لا الشراح فان وصف به المال كان مجارا ممنوع جدا وقال صاحب العناية فان قيل قد وجد الضمان في مواضع ولم تتحقق العلة المذكورة فيها فكان أمانة زيفها وذلك كغاصب الغاصب فإنه يضمن وان لم يزل يدا المالك بل أزال يد الغاصب وكالمقتطع اذا لم يشهد مع القدرة على الاشهاد ولم يزل يدا والمغرور اذا منع الولد يضمن به الولد ولم يزل يدا في حق الولد يضمن الاموال بالاتلاف تسببا كحفر البئر في غير الملك وليس منه ازالة يد أحد ولا اثباتها فالجواب أن ما قلنا ان الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان مطردا لمخالفة وأما أن كل ما يوجب الضمان كان غصبا فلم يلزم ذلك لجواز أن يكون الضمان حكما نوعيا يثبت كل شخص منه بشخص من العلة عما يكون تعدا الى هنا كلامه (أقول) هذا الجواب ليس بتمام لانه انما يفيد أن لو كان المراد بالسؤال المذكور أن قولك الغصب على التفسير المذكور يوجب الضمان غير منعكس لتحقيق وجوب الضمان في الصورة المزبورة بدون تحقيق الغصب على التفسير المذكور ففيها وأما اذا كان المراد بذلك أن تعليل مسئلتنا بالعلة المذكورة في الكتاب منتقض بالصورة المزبورة لان حاصل هذه العلة أن تفسير الغصب بما ذكرنا لم يتحقق في زوائد المغصوب فلم يجب الضمان فيها ولا شك أن ذلك التفسير غير متحقق في الصورة المزبورة أيضا مع وجوب الضمان فيها فلا بدفع ذلك الجواب المذكور ذلك السؤال كما لا يخفى على الفطن فالاولى في السؤال والجواب ما فصل في النهاية ومعراج الدراية فان شئت فراجعهما (قوله ولهذا يتكرر بتكررها) قال صاحب النهاية في شرح هذا المحل أي يتكرر الجزاء بتكررهذه الجناية فإنه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله في الحرم ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم لم يجب ضمان آخر كذا وجد بخط شيخى ولكن يحتمل أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكررهذه الجناية التي هي الاخراج من الحرم وهذا أولى لانه أولى لوقوع راية المبسوط في المناسك حيث جعل هناك ائصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة ائصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفي الغصب اذا

وصل

والقوائم بالقوائم ولا ما نقص من الجزء بالخصاء والتعليم بما زاد من القيمة

(قوله معناه يتكرر وجوب الارسال) أقول وعلى هذا يلزم فك الضمان (قوله فعليه رد الجارية وورد نقصان الولادة الذي ثبت فيها بسبب الولادة) أقول قوله الذي صفة النقصان وضمير فيها راجع الى الجارية وقوله بسبب الولادة متعلق بقوله ثبت (قوله بما زاد من القيمة فيه) أقول قوله بما زاد متعلق بقوله لا ينجر

ولما أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة والعلق على ما عرف وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمنا

وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرار الغصب فكذا هنا الى هنا لفظ النهاية واقفي أثره كثر الشراح في تجويز المعنيين المذكرين ههنا ولكن لم يقل أحد سواه بترجيح المعنى الثاني على الأول ومنهم صاحب العناية حيث قال في شرح هذا المحل ولهذا يتكرر الجزاء بتكرار هذه الجنابة فإنه لو أدى الضمان بسبب اخراج الصيد عن الحرم ثم أرسله فيه ثم أخرج ذلك الصيد من الحرم وجب جزاء آخر ويجوز أن يكون معناه يتكرر وجوب الارسال بتكرار هذه الجنابة التي هي الاخراج من الحرم اه كلامه (أقول) لا جواز عندى المعنى الثاني ههنا أصلا فضلا عن أن يكون هو الأول كما زعم صاحب النهاية فإن قول المصنف بتكرار يتكرر ههنا متفرع على قوله فهو ضمان جنابة كما ترى ولا يصح هذا التفرع على تقدير جعل قوله يتكرر بتكررها على المعنى الثاني لأن تكرار وجوب الارسال بتكرار الاخراج من الحرم لا يكون أمارة على كون ضمان ولد الطيبة ضمان جنابته لان ضمان غصب فان تكرر وجوب الارسال بتكرار الاخراج من الحرم ينتظم كون ضمان ولد الطيبة ضمان جنابة وتكونه ضمان غصب على السواء كما لا يخفى بل رواية المسوط في المسائل أوفق لكونه ضمان غصب على ما قرره صاحب النهاية حيث قال جعل هناك اتصال صيد الحرم الى الحرم بمنزلة اتصال المغصوب الى يد المغصوب منه وفي الغصب اذا وصل المغصوب الى المالك كما غصب لا يجب الضمان على الغاصب من شيء ولكن يتكرر وجوب الرد الى المالك بتكرار الغصب فكذا هنا اه تدبر تف (قوله ولنا أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة والعلق على ما عرف) ذهب جماعة من الشراح وهم أصحاب الكفاية والنهاية ومعراج الدراية الى أن قول المصنف على ما عرف اشارة الى ما يجزىء في مسألة من غصب جارية فزنى بها وذهب بعضهم وهو صاحب غاية البيان الى أنه اشارة الى ما ذكر في طريقة الخلاف واختار صاحب العناية الثاني وذكرنا أيضا بطريق النقل حيث قال يعنى في طريقة الخلاف وقيل في مسألة من غصب جارية فزنى بها على ما يجزىء اه (أقول) لا مجال عندى للعمل على الاول أصلا لأن المراد بالسبب ههنا سبب الزيادة والنقصان وبما يجزىء في مسألة من غصب جارية فزنى بها سبب الموت ولا شك أن ما هو سبب لأحدهما لا يصلح أن يكون سببا للآخر أيضا البتة حتى يصح حواله معرفة أحدهما على معرفة الآخر الا يرى الى قول المصنف فيما سبق وقترج الثانية أن الولادة ليست بسبب لموت الام لا تقضى اليه غالبا اه فان ذلك صريح في أن الولادة لا تكون سببا لموت الام ويعلم منه دلالة أن العلق أيضا لا يكون سببا له لان افشاءه الى الموت أعظم من افشاء الولادة له كما لا يخفى مع أنه حكم ههنا بأد سبب الزيادة والنقصان هو الولادة والعلق ثم ان المعروف في الحواله على ما يجزىء أن يقال على ما يجزىء أو على ما يعرف به صفة المضارع وأما أن يقال في مثل ذلك على ما عرف فلم يعرف قط فالوجه هو المحل على ما عرف في طريقة الخلاف لا غير (قوله وعند ذلك لا يعد نقصانا فلا يوجب ضمنا) لأن السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خافعا عن النقصان كما يبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع دخل الثمر في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالبة المبيع لا تخاف السبب حتى ان الشاهد ان اذا شهد على رجل يبيع شيء بمثل قيمته ففضى القاضي به ثم رجعا لم يضمن شيئا وهذا لان القوات الى خلف كالات كذا في الشروح واعتراض بأنه لم يخرج جواب النقصان عن أصل دليله وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جارا للنقصان وقع في ملكه بل هو على حاله واجيب بأن المصنف أشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا فإنه اذا لم يعد نقده بالبيع حتى الى جابر فاطلاق الخبر عليه توسع هذا

ولما أن سبب الزيادة والنقصان واحد وهو الولادة وعند ما والعلق عند أبي حنيفة رحمه الله على ما عرف ذلك يعنى في طريقة الخلاف وقيل في مسألة من غصب جارية وزنى بها على ما يجزىء وعند ذلك لا يعد نقصانا نقصانا لأن السبب الواحد لما أثر في الزيادة والنقصان كانت الزيادة خافعا عن النقصان كما يبيع لما أزال المبيع عن ملك البائع دخل الثمر في ملكه فكان الثمن خلفا عن مالبة المبيع لا تخاف السبب حتى ان الشاهد ان اذا شهد على رجل يبيع شيء بمثل قيمته ففضى القاضي به ثم رجعا لم يضمن شيئا وهذا لان القوات الى خلف كالات كذا في الشروح واعتراض بأنه لم يخرج جواب النقصان عن أصل دليله وهو أن الولد ملك المولى فلا يصلح أن يكون جارا للنقصان وقع في ملكه بل هو على حاله واجيب بأن المصنف أشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا فإنه اذا لم يعد نقده بالبيع حتى الى جابر فاطلاق الخبر عليه توسع هذا

فوات

وصار كما اذا غصب جارية سميينة ثم هزلت ثم سميت أو سقطت ثنيتهما ثبتت أو قطعت يد المغصوب في يده وأخذ أرشها وأداء مع العبد  
 ينسب عن نقصان القطع ولم يعتبر النقصان لكونه الى خلف (قوله وولد الطيبة ممنوع) جواب عن قولهما وتقريره لان سلم أن نقصان  
 الطيبة بالولادة لا ينجر بقيمة الولد وكذا لان سلم أن الأم اذا ماتت لا تنجر قيمتها بقيمة أم الولد اذا كان فيها وفاء وهذا المنع على غير ظاهر الرواية  
 وأما نجر بجها على الظاهر فهو أن كلامنا فيما اذا كان السبب واحدا وهما ليس كذلك فان الولادة سبب للزيادة وليست بسبب لموت الأم  
 اذا نفى اليه غالبا وروى عن أبي حنيفة رضي الله عنه رواية أخرى وهو أنه يجبر بالولادة قدر نقصان الولادة ويضمن ما زاد على  
 ذلك من قيمة الأم لان الولادة لا توجب الموت فالتقصان بسبب الولادة دون موت الأم ورد القيمة كره الدالين ولورد عين الجارية كان النقصان  
 مجبورا بالولد فكذلك اذا ورد قيمتها (و بخلاف ما اذا مات الولد قبل الرد) جواب عن قوله كما اذا هلك الولد قبل الرد ووجهه أن كلامنا فيما اذا رد الأم  
 بنقصان الولادة على نجرها بالنقصان برد الولد واداء كان الولد هالكا كيف يجبر النقصان به والحساء لا يعذر بزيادة لانه غرض بعض العسفة فلم  
 يمكن له اعتبار في الشرع وما ورا ذلك من المسائل فليس فيه اتحاد السبب لما ذكر في الكتاب فلا يكون متصلا بعمل التزاع فان قيل  
 المذكور جواب المستشهد بها وأصل نكته الخصم وهو أن الولد ملك المولى فلا يصح أن يكون جابر النقصان وقع في ملكه فهو وعي حاه  
 أجيب بأن المصنف رحمه الله (٣٩٢) أشار الى جوابه بقوله لا يعد نقصانا واذ لم يكن نقصان لم يحتج الى جابر فاطلاق الجابر عليه توسع في

وصار كما اذا غصب جارية سميينة فهازلت ثم سميت أو سقطت ثنيتهما ثبتت أو قطعت يد المغصوب في يده  
 وأخذ أرشها وأداء مع العبد ينسب عن نقصان القطع وولد الطيبة ممنوع وكذا اذا ماتت الأم  
 وتنجر قيمتها أن الولادة ليست بسبب لموت الأم ان الولادة لا تنفي اليه غالبا وبخلاف ما اذا مات الولد  
 قبل الرد لانه لا بد من رد أصله للبراءة فكذلك لا بد من رد خلفه والحساء لا يعذر بزيادة لانه غرض بعض  
 العسفة ولا اتحاد في السبب فيما ورا ذلك من المسائل لان سبب النقصان القطع والجور وسبب الزيادة  
 النمو وسبب النقصان التعليم والزيادة سببها المم قال (ومن غصب جارية فزني بها خلت ثم ردها وماتت  
 في نفاسها يضمن قيمتها يوم علفت ولا ضمان عليه في الحره وهذا عند أبي حنيفة وقال لا يضمن في الأمه  
 أيضا) له ما أن الرد قد صبح

ريده ما في النهاية والعناية (أقول) الجواب منظوفيه فان النقصان أمر محقق لا مجال لانسكار وقوعه اذ  
 وضع مسئلا فيما اذا نقصت الجارية بالولادة ولا يرى وجه لا أن لا يعد ذلك النقصان المحقق نقصانا سوى  
 انحرار ذلك النقصان بالزيادة التي هي الولد كما يدل عليه كلام الشراح فاطمة في شرح قول المصنف وعمد  
 ذلك لا يعد نقصانا كما مروى يدل عليه قوله في أصل المسئلة فان كان في قيمة الولد وفاء به جبر النقصان بالولد  
 وسقط ضمانه عن الغاصب ولو كان أطلاق الجارية عليه توسعا ولم يوجد الخبر حقيقة لم يظهر وجه لأن  
 يعد نقصان المغصوب الواقع في يد العاصب نقصانا موجبا للضمان في سائر المواضع وأن لا يعد نقصانه  
 الواقع في يد العاصب فيما نحن فيه نقصانا موجبا للضمان عندنا بل يزعم أن يكون ذلك تحكما لا بحثا وحاشا  
 لا تمتثل من ذلك وليتأمل (قوله وصار كما اذا غصب جارية سميينة فهازلت ثم سميت أو سقطت ثنيتهما ثبتت)

در المصنف ما أطفه ذهنا جزاه الله عن المحصلين خيرا قال (ومن غصب جارية فزني بها) قال في الجامع له غير محمد عن  
 يعصوب عن أبي حنيفة في الرجل يغصب الجارية فيزني بها ثم يردّها فتجب قيمتها يوم علفت ولا ضمان عليه  
 في الحره ضمان وقال أبو يوسف ومحمد رحمه الله لا ضمان عليه في الأمه أيضا اذا ماتت في نفاسها بعد مريدّها وتابعه المصنف في قوله  
 ثم يردّها فتجب بتقدير الرد على الحبل ووقع في عامة السخينة بتقدير الحبل على الدليلين أن الحبل كان موجودا وقت الرد قال الرد قد صبح  
 لأنه أوصل الحق الى المستحق وصحته توجب البراءة عن الضمان فان قيل لان سلم لم يحتج حيث تملك بسبب كان عنده

قال المصنف (أو سقطت ثنيتهما ثبتت) أقول قال الزلمي وأقلعها العاصب فثبتت مكانها أخرى فردّها سقط ضمانها عنه اه  
 وفيه أن السبب ليس متحد والفرق أن الثنية لاقية لها بخلاف القوائم والصوف (قوله أجيب بأن المصنف أشار الى جوابه بانه لا يعد  
 نقصانا الخ) أقول ويجوز أن يباب بالمنع فانه يجوز بيع المأذون من ولده وعكسه كما سبق وبيع المضارب من رب المال مع أنه يشتري  
 ماله ماله وقد مر تفصيله في باب المراجعة راجعه (قوله لما بقي ملكا للمولى عند ارتدائه) أقول فيه بحث (قوله بضمان  
 الغاصب) أقول أي على مذهب زفر والشافعي (قوله بل هو بدل من حيث الذات) أقول فيه بحث

العبارة فان قيل لو كان الولد  
 خلفا وبدا عن النقصان لما  
 بقي ملكا للمولى عند ارتدائه  
 بضمان الغاصب لئلا  
 يجتمع البدلان في ملك  
 واحد أجيب بأنه ملك  
 المولى لا محالة ومن حيث  
 الملك ليس يبدل بل هو  
 بدل من حيث الذات فادا  
 ارتفع النقصان بطلت  
 الخلفه وبقي في ملك المولى  
 فان قيل الرد عنده أمانة  
 فكيف يكون خلفا عن  
 المضمون فالجواب ما أشار  
 اليه المصنف رحمه الله من  
 عدم عدمه نقصانا لا تضمنه  
 وهذا الجواب صالح للدفع  
 عن السؤال الثاني أيضا والله



[illegible]

عن دفع النار نحو موالية (قوله) يحتل أن يكون سببه (قراية) عن

(قوله والزنا سبب) جواب عن قولهما أوزنت في يده الخ وتقرر به أن الزنا الذي وجد في يد الغاصب انما يوجب الجسد المؤمل لا الجارح ولا المتلف ولما جلدت في يد المالك بجلده متلف كان غير ماوجب في يد الغاصب فلا يضمن قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه الخ) منافع الغصب غير مضمونة لكن ان تنص باستعماله غرم الغاصب النقصان وقال الشافعي رحمه الله مضمونة بأجر المثل ولا فرق في المذهبين بين التعطيل والاستعمال ويرى سبب الاول غصبه او الثاني اتلافه في شمول الهدم عندنا وشمول الوجود عنده وفصل مالك رحمه الله قال ان سكنها فكما قال الشافعي وان عطلها فكما قال أبو حنيفة رحمه الله (لشافعي رحمه الله أن المنافع أموال متعومة) لكونها ما غير الا دمي خلق لمصلحة الا دمي ويجرى نية الشئ والضمنة (ويضمن بالعقود) صحيحة كانت أو فاسدة بالاجماع (فكذا بالغصب) لان العقد لا يجعل غير المتقوم متقوما كالمورد على الميتة (ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لانها حدثت في مكانه) أي تصرفه وقدرته وكسبه (أدعى لم تكن حادثة في يد المالك لانها أعرض لا تبقى) وما حدثت في مكان الرجل فهو في ملكه دفعا لاحتجته فان الملك لم يثبت للعبد الادفع لاحتجته الى اقامة التكليف (٣٩٤) فالمنافع حاصلة في ملك الرجل والانسان لا يضمن ملك نفسه ولئن سلمنا

سقوطها على ملك المالك والزنا سبب لجسد مؤلم لا جارح ولا متلف فلم يوجد السبب في يد الغاصب قال (ولا يضمن الغاصب منافع ما غصبه به الآن ينقص باستعماله فيغرم النقصان) وقال الشافعي يضمنها فيجب أجر المثل ولا فرق في المذهبين بين ما اذا عطلها أو سكنها وقال مالك ان سكنها فيجب أجر المثل وان عطلها الا شئ عليه له أن المنافع أموال متعومة حتى تضمن بالعقود فكذا بالغصب ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لسقوطها في مكانه اذ هو لم تكن حادثة في يد المالك لانها أعرض لا تبقى فيملكها دفعا لاحتجته والانسان لا يضمن ملكه كيف وانه لا يتحقق غصبها واتلافها لانه لا يبقاؤها

سببا للهلاك وقد صرح فيما مر بانهم ليست بسبب للموت حيث قال وتخرج النسيئة أن الولادة ليست بسبب لموت الام اذ لا تنفض اليه غالباً. كان بين الكلامين تدافع فليتنازل في التوجيه (قوله ولنا أنها حصلت على ملك الغاصب لسقوطها في مكانه اذ هو لم تكن حادثة في يد المالك لانها أعرض لا تبقى فيملكها دفعا لاحتجته والانسان لا يضمن ملكه) لقائل أن يقول مقتضى هذا الدليل أن لا تجب الاجرة على المستأجر فيما اذا حدثت المنافع في يده كافي استئجار الدور والارض والدواب ونحوها لان الانسان كما لا يضمن ملكه لا يجب عليه الاجرة بقبالة ملكه مع أنه يجب عليه الاجرة في ذلك بالاجماع ولم أر أحدا حارم حول جواب هذا الاشكال مع ظهور روده الا صاحب غاية البيان فانه قال والجواب عن مسألة الايجار قلنا لا تجب الاجرة عندنا بقبالة المنافع بل بقبالة التمتع من جهة المالك لانه لمسلم يتمكن من استيفاء المنافع التي يمكنه كذا ذلك طريقه للوصول الى استيفاء المنافع فأعطى لما هو وسيلة الى المنفعة حكم المنفعة في حق وجوب الاجرة باعتبار الحاجة اه (أقول) هذا الجواب وان كان يصلح أن يكون محل صلاها هنا الا أنه يستدعي ترك ظاهر كثير مما ذكرنا في كتاب الاجارات كقولهم الاجارة تعليق المنافع بعوض وقولهم والقياس بأبي جوازها لان المعقد عليه المنفعة وهي معدومة وقولهم وتنفذ الاجارة ساعة فساعة على حسب حدوث المنافع لأن المعاوضة تقتضي التساوي والمالك

سقوطها على ملك المالك لكن لا يتحقق غصبها واتلافها وكيف يتحقق ذلك وإنه لا يبقاؤها ولئن سلمنا تحقق غصبها واتلافها لكن شرط الضمان المماثلة والمنافع لا تماثل الاعيان لسرعة فناؤها وبقاء الاعيان واعتبر بزمانها اذا تلف ما يسرع اليه الفساد فانه يضمنه بالدراهم التي تبقى فدل على أن المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما اذا استأجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم فانه جائز لا محالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لان القربان الى مال اليتيم لا يجوز الا بالوجه الاحسن وأوجب عن الاول بان المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق

لا يبين باق وأبقى فكان السؤال غير وارد وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض ألا يرى أن يبيع الثياب بالدرهم جائز وان كان أحدهما يبيع الى دون الآخر وعن الثاني بما ذكرنا أن شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز لوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان الاحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات

(قوله لانها أعرض لا تبقى) أقول وان بقيت لا تضر أيضا لانها ترد مع أصلها (قوله وما حدثت في مكان الرجل فهو في ملكه الخ) أقول السبب في محتاجة الى البيان (قوله وهذا راجع الى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض) أقول ويغضده أن الاجسام مماثلة لتركبها من الجواهر المتجانسة ولا كذلك الجوهر والعرض (قوله ألا يرى أن يبيع الثياب بالدرهم جائز الخ) أقول فيه بحث فانه يجوز بيع المنافع بالدرهم أيضا فلا يصلح ما ذكره للتنوير (قوله هو ما لا يعد عيبا في التصرفات) أقول ولا يقتضي المماثلة بخلاف ضمان العدو فانها يمتنع على المماثلة بالنص

في المنفعة التي هي المعقود عليه يقع ساعة فساعة على حسب حدودها فكذلك في بدلها وهو الاجرة وقولهم والدار أقيمت مقام المنفعة في حق إضافة العدة اليه يرتبط بالإيجاب بالقبول ثم عمله يظهر في حق المنفعة ملكا واستحقاقا لوجود المنفعة إلى غير ذلك من الأقوال الدالة على كون الاجرة بمثابة المنافع ولعل تأويل كلهما متعسر بل متعذر تأمل توقف ثم أقول الأولى في الجواب عندي أن يقال اقتضاء دليل المسد كونه عدم وجوب الاجرة على المسد تأجرا فيما إذا حدثت المنافع في يده انما هو على موجب القياس وقد تقر في أول كتاب الاجارات أن القياس يأبى جوازها إلا أنها جوزت على خلاف القياس بالنص استحسانا لحاجة الناس إليها وأن جوازها عندنا باعتبار إقامة العين التي هي سبب لوجود المنفعة كالأمر مثلا مقام المنفعة في حق صحة الإيجاب والقبول فيجوز في الاجارة أن يجب الاجرة على المستأجر بمقابلته المنافع التي حصلت على ملكه بحدوثها في يده إذا وقع التراضي عليه باعتبار إقامة العين التي هي ملك المؤجر وسبب لوجود المنفعة مقام المنفعة على موجب الاستحسان بالنص بخلاف الغصب فإنه غير جائز قياسا واستحسانا فلا يرتكب فيه ما يخالف القياس فتدبر (قوله ولأنها لا تماثل الأعيان لسرعة فنائها وبقاء الأعيان) أقول لقائل أن يقول هذا الدليل انما يدل على أن منافع المصنوع لا تضمن بالأعيان لعدم المماثلة بينهما وما لا يدل على أنها لا تضمن بالمنافع المماثلة لها والمدعى عدم مضمونيتها أصلا فلا يتم التقريب ويمكن الجواب عنه بأن مبنى تقرير المصنف هذا الدليل على الوجه المزبور تقرير عدم مضمونيتها بالمنافع بالاجماع فكأنه لم يتعرض لنفي هذا الاحتمال لظهوره برشد إلى ذلك تقرير صاحب الكافي هذا الدليل حيث قال ولئن سلمنا تصور غصبها فلا يمكن تضمينها لأنها لو صارت مضمونة على الغاصب فاما أن تضمن بالمنافع وهو باطل ولم يقل بدأ أحد أو بالأعيان وهو باطل أيضا لأنها لا تماثل الأعيان لأن المنافع أعراض لا تبقى وقتين والعين تبقى أوقانا وبين ما يبقى وما لا يبقى تفاوت عظيم وضمنان العدوان مبنى على المماثلة بالنص والاجماع ويرشد إليه أيضا تقرير صاحب غاية البيان ذلك الدليل حيث قال ولأن المنافع لو كانت مضمونة على الغاصب لا يخفى لو أمان تكون مضمونة بأمثالها من المنافع أو غيرها من الأعيان كالدراهم والدنانير فلا يجوز أن تكون مضمونة بالأمثال وهي المنافع لأنه لا قائل بذلك ولا يجوز أن تكون مضمونة بالأعيان لعدم المماثلة والمماثلة تشرط في ضمان العدوان بقوله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم اه قال صاحب العناية واعترض بما إذا تلف ما يسرع اليه الفساد فإنه يضمنه بالدراهم التي تبقى فدل على أن المماثلة من حيث الفناء والبقاء غير معتبرة وبما إذا استأجر الوصي لليتيم ما يحتاج اليه بدراهم اليتيم فإنه جائز للمحالة ولو كان ما ذكرتم صحيحا لما جاز لأن القربان إلى مال اليتيم لا يجوز إلا بالوجه الأحسن وأجيب عن الوجه الأول بأن المماثلة المعتبرة هي ما تكون بين باق وباق لا بين باق وأبقى فكان السؤال غير وارد وهذا راجع إلى أنها تعتبر بين جوهرين لا بين جوهر وعرض ألا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز وإن كان أحدهما يبلى دون الآخر وعن الثاني بما ذكرنا أن شراء الثياب بدراهم اليتيم جائز للوصي مع وجود التفاوت كما ذكرنا فدل على أن القربان بالأحسن في مال اليتيم هو ما لا يعد عيبا في التصرفات اه كلامه (قول) فيما ذكره في كل من الجوابين شيء أما في الأول فلا ننويزه بقوله ألا يرى أن بيع الثياب بالدراهم جائز وإن كان أحدهما يبلى دون الآخر ليس بصحيح لأن جوارقوع من التفاوت بين البديلين في البيع لا يدل على جواز ذلك في ضمان العدوان لأن العقد والرضا تأثير في تجويز كثير من التفاوت وعن هذا قالوا يجوز بيع عبد قيمته ألف بألف ولا يجوز ذلك التفاوت في ضمان العدوان قطعاً ألا يرى أن التفاوت بين

وقد عرفت هذه المآخذ في المختلف ولأنه لم أنهم متقومة في ذاتها بل تقوم ضرورة عند ورود العقد ولو وجد العقد أن ما تنقص به يتم له مضمرة ليس مستلزمة ببعض أجزائه

الابن

جوهري وعرض يجوز أن يبايعه كذا ما استأجر منه راراً لا بدراهم معينة مع ناهية المتبيرة في ضمان العدو لا تصرف بين يديه بغيره ورض كما دمر حبه وأما الثاني فلا نزاع في شراء الثياب بدراهم اليتم الرضى لا يدل على جواز استئجار الوصي للتيقم بمقتضى الجواب بدراهم لأن التفاوت في الأول بين جوهري وجوهري وتفاوت غير الماش والتفاوت في الثاني بين جوهري وعرض وهو تفاوت فاحش ولا شك أن جواز تصرف الوصي في مال اليتيم بالتفاوت الغير الفاحش لا يدل على جواز تصرفه فيه بالتفاوت الفاحش ألا يرى أن التفاوت الفاحش الذي بين جوهري وعرض يمنع المالك المتبيرة في ضمان العدو أن يبيع التفاوت الغير الفاحش الذي بين جوهري وعرض ثم يجوز أن يكون اليتيم في تصرف الوصي في مال اليتيم بضاً كذلك فمن أين ثبتت دونه حواشيه الأيدي بدراهم اليتيم الرضى على أن المراد بالاحس في مال اليتيم هو جوهري لا يبيع في التمتع به بل يجوز أن يبيعه المراد بالمراد بالاحسن في قوله تعالى وتقر بوعايل اليتيم باقية هي أحسن ذلك لأنه في حكمه أن يبيع بدليل آ-

لا بد من جواز شراء شئ بهم اليتيم للرضى (وله رد رعه عنه هذه ما حدثت المختلف) قال صاحب العناية في تفسيره هذه كذا في العاقل التي هي منه الحكم أو ما ذكره ولا يؤوله لأنها حصلت في ملك الغاصب وديانة أولادهم يتحقق غصبها وتداءها وثاناً بوله لأنه لا تخاف الاعيان الخ اه (اقول) في نوح خذ لا لا أنما ذكر بكامة أو وهي لا سدا حزين وشك أن العمل التي كانت منط الحكم هي ما وأشار إليه لمصنف هذه المآخذ في ماد كره أولاً وثانياً وثالثاً بقوله المزبورة لا أمر آخر فكيف يجمع العطف بكامة و قال صاحب لغته في هذا أن أراد بالمال خذ ما لى التي هي مناه الحكم وأراد بالمال خذ ما لى كره ولا يؤولها أنها حصلت في ملك الغاصب وثاناً بالتحقق غصبها وتلافها وثالثاً أنها عايل الأسيان بالشرط في ضمان العدو وأما المثلثة بالنص اه اقول يرد على ظاهره أن العايل التي هي مناه الحكم ما لى ماد كرهه منف وثاناً وثالثاً بعينه كما عرفت أنه فحامي قوله هذا أشار به أراد بالمال خذ هذا أراد بها ذلك والطف بقضية لتغاير بين المعطوفين كن عكس ترجيح به بأدب وون قصود بوله أراد بالمال خذ ما لى التي هي مناه الحكم بتفسير معنى المآخذ هنا بقوة وأدباً بالمال خذ ما لى كره الخ تفسيره صدق عليه المآخذ هنا وتبيننا مكانه قال أراد تعني المآخذ هنا بذو راد بمصدق عليه لما خذ ههنا ذلك وأما غارة بين المذموم وما صدق عليه ظاهرة فيصيح له طيف لا أنه لو قال في أنه في أراد به هذا المآخذ كره الخ لسكان أحسن لكونه أدل على إرادة ما صدق به المآخذ كما لا يخفى على الطن ثم أقول بقي في هذا المعام بحث قوى وموانع مدمر حرق شرات الفتاوى باز منافع لغصب مضمرة عندنا أيضاً في ارقف مال يتيم وقد كان عدلاً جازعاً أن المالك كره الوصي منطاً كرهه عند من منافع لغصب جاري بينهما في تلك المآخذ أيضاً فاقبت المالك كره الوصي وفيه مناس وقول بعضهم المانع في ذلك هو وجوبه يستحقه المالك وفيه مناس وفيه مناس وفيه مناس في الاستحسان (قلت) لك فيه تصرف ويجوز وتلك المآخذ في عدد قصود الغاصب والعدوان في المنافع وعنها يدل على عدم المنافع بل لا بد من عدم أحاديث بينهما أو بناء ضمان المالك وان على المماثلة بالنص والاجماع وأجراء الاستحسان في خلاف ذلك مشكك جداً

(وقد عرفت هذه المآخذ)  
أي العاقل التي هي منط  
الحكم أو ما ذكره أولاً بوله  
لأنها حصلت في ملك  
الغاصب وثاناً بوله أنها  
لا يتحقق غصبها وتلافها  
وثالثاً بوله لأنها لا تخاف  
الاعيان إلى آخره (في  
المختلف) يعني في مختلف  
أبى الليث وقوله (ولا  
نسلم أنهم متقومة)  
جواب عن قوله المانع  
أموال متقومة وتقريره  
أننا لنسلم أنهم متقومة في  
ذاتها لأن النقوم لا يسبق  
الوجود والاعراض وذلك  
فيما لا يبق غير متصور بل  
يتقوم لضرورة دفع الحاجة  
(عند ورود العقد) عايلها  
بالستراضي ولا عصى في  
المتنازع فيه (الآن) أي  
لكن (ما ينقص باستعماله  
مضمون عليه لاستدراكه  
بعض أجزائه العين) والله أعلم

(قوله أو ما ذكره أولاً بوله)  
لأنها حصلت الخ (أقول  
فيه بحث

فصل في غصب ما لا يتقوم له ما فرغ من بيان ما هو الاصل وهو غصب ما يتقوم لتحقيق الغصب فيه حقيقة بين غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوماً بما اعتبره ارباب الغصب منه بتقومه أو بتغيره في نفسه إلى التقوم (قال وان أناف المسلم خسر الذي أو خنزيره) هذه المسئلة على أربعة أوجه اتلاف المسلم خسر المسلم واتلاف الذي خسر الذي واتلاف المسلم خسر الذي ولا ضمان في اتلاف في اتلاف الجاع وأما في الاخرين فعليه الضمان (٣٩٧) عندنا خلافاً لما في رجاء الله وعلى هذا الخلاف اذا باعها

الذي من الذي جاز البيع عندنا خلافاً له قال (سقط تقومها في حق المسلم بلا خلاف فكذا في حق الذي لانهم أتباع لنا في الاحكام) قال صلى الله عليه وسلم اذا قبلوا عقد الذمة فأعلموهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين واذا سقط تقومها فلا يجب باتلافها مال متقوم وهو الضمان

أي ما يضمن به (ولنا أن التقوم باق في حقهم اذا خسرهم كالحل لنا والخسر عندهم كالشاة عندنا) دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه حين سأل عماله ماذا تصنعون بما عير به أهل الذمة من الخور فقالوا وعشرها قال لا يفعلوا ولو هم بيدها وخدوا العشر من أثمانها فقد جعلها مالا يتقوم في حقهم حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من غيرها ولم يفعل ذلك الا لتدينهم بذلك

فصل في غصب مالا يتقوم له قال المصنف (واذا أناف المسلم خسر الذي أو خنزيره ضمن) أقول في شرح الكافي لصدور

فصل في غصب ما لا يتقوم له (رأى أناف المسلم خسر الذي وخنزيره ضمن قيمتهما فان أتلفهما المسلم لم يضمن) وقال الشافعي لا يضمنهما المالك في هذا الخلاف اذا أتلفهما مادي على ذي أو باعها الذي من الذي له أن يتقوم بهما في حق المسلم فكذا في حق الذي لانهم أتباع لنا في الاحكام فلا يجب باتلافهما مال متقوم وهو الضمان ولنا أن التقوم باق في حقهم اذا خسرهم كالحل لنا والخسر لهم كالشاة لنا

فصل في غصب ما لا يتقوم له قال صاحب النهاية لما فرغ من بيان أحكام غصب ما يتقوم وهو اصل لان الغصب بغيره الذي ذكرناه انما يتحقق فيه شرع في بيان أحكام غصب ما لا يتقوم باعتبار عرضية أن يصير متقوماً بما اعتبره ارباب الغصب منه بتقومه أو بتغيره في نفسه إلى التقوم اه كلامه وقد اقتضى أثر صاحب العدة (أقول) يذهب عليك أنه لا حاجة هذا إلى الصير إلى اعتبار رضية أن يصير يتقوم تقوم بما أحد الاعتبارين انما كورين بل لا وجه له عند النظر الدقيق لان المبين في هذا الفصل ضم ما يتقوم في بعض المسائل وعدم ضمانه في بعضها ففي الاضمان فيه كاتلاف خسر المسلم خنزيره لا وجه له لا اعتبار عرضية أن يصير متقوماً باعتبار ما أصلاً فان اعتبار عرضية أن يصير متقوماً مما لا تأشير له في حكم عدم الضمان قطعاً بل له نوع اباء منه ولعل من الشراح تبعاً لهذا فترك حديث اعتبار عرضية أن يصير متقوماً منهم الشارح الكافي حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم اذ هو الاصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم اه ومنهم الشارح لا تقاوت حيث قال لما فرغ من بيان غصب ما يتقوم وهو الاصل شرع في بيان غصب ما لا يتقوم كخسر الذي في حق المسلم اه (قوله ولنا أن التقوم باق في حقهم اذا خسرهم كالحل لنا والخسر برأهم كالشاة لنا) أقول فيه اشكال من وجهين أحدهما أن الخصم قال انهم أتباع لنا في الاحكام وعندها لا يبق له عليه الصلاة والسلام اذا قبلوا عقد الذمة فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين وعليهم ما على المسلمين كما حقه في الكافي رعاية الشروح فكيف يتم التعليل بأن التقوم باق في حقهم في مقابلة ذلك الحديث الذي على كونه أتباعنا في الاحكام والتعليل في مقابلة النص غير صحيح على ما عرفت في علم الاصول (قال قلت) نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون كما ذكر في أثناء التعليل من قبلنا فيه دليل النص المتضمن لهذا الامر وهو قوله عليه الصلاة والسلام اتركهم وما يدينون على مدعائهمنا (قلت) للخصم أن يقول المراد بما يدينون الديارات دون المعاملات وما نحن فيه من المعاملات ولئن سلم العموم للمعاملات أيضاً فيتحقق التماثل بين النصين في أن يثبت الربحان والثاني انه قد تقرر في علم الاصول ان لا خلاف في أن الكفار محاسبون بالايمان ولعقوبات والمعاملات والعبادات أيضاً في حق المؤمنين في حقهم في جواب الاداء في الدنيا فيختلف فيه وما نحن فيه من المعاملات فينبغي أن يذكر في باب الخطب الدال على ما تقرر من الخنزير أيضاً ثم أقول يمكن الجواب عن كل واحد منهما ما أنا قولنا بنية لـ نحن فيه منصوص بالاجماع من عموم النص الدال على كونهم

مسلمين لا تملكه على ذي خنزير على قول أبي حنيفة لا يضمن شيئاً وعلى قول أبي يوسف ومحمد يضمن قيمته قال الاماني وهذا خلاف ما ذكره ائمة ورى في مختصره وفي شرحه مختصر الكرخي ولكه قياس قول أبي حنيفة الذي مر قبل باب نكاح الرقيق مراجعه قال المصنف (وعلى هذا الخلاف اذا أناف المسلم خسر الذي) أقول وله أحسن حيث أتى في المسلم باللام وفي الذي بعلى (قوله دل على ذلك قول عمر رضي الله عنه لا تفعلا ما قول قول



ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون والسيف موضوع فيتعذر الإلزام وإذا بقي التقوم فقد وجد  
تلاف مال ملوك متقوم فيضمنه

أبناء لنا في الأحكام فإن عمر رضي الله عنه حين سأل عما له ماذا تصنعون بما يمر به أهل الذمة من الخمر  
فقالوا نعرضها قال لا تفعلوا ولو هم يبيعها وخذوا العشر من أثمانها فقد جعلها مالا متقوما في حقهم  
حيث جوز بيعها وأمر بأخذ العشر من ثمنها ولم ينكره أحد في محل الإجماع وقد صرح به بعض الشراح  
وأما عن الثاني بيان أن كون الكفار مخاطبين بالمعاملات ونحوها فيما يتحمل الخطاب التعميم لهم أيضا  
وأما فيما لا يتحمل فلا يكونون مخاطبين بذلك قطعاً وما نحن فيه من قبيل الثاني لأن الخمر كانت متقومة  
في شريعة من قبلنا وفي صدر شريعتنا والاصل أن ما ثبت يبق إلى أن يوجد المزيل والمزيل وهو قوله  
تعالى رجس من عمل الشيطان فاجتنبوه وجد في حقنا دليل السباق والسباق فبق في حق من لم يدخل  
تحت هذا الخطاب على ما كان من قبل كما صرح به في الكافي والكفاية فلم يبق مجال للتعميم للكفار أيضا  
وكذا الحال في الخنزير على ما حققه صاحب غاية البيان حيث قال بتحقيق ذلك أن الخمر والخنزير كانا  
حلالين في الأمم الماضية وكذا في حق هذه الأمة في ابتداء الإسلام ثم ورد الخطاب بالحرمة خاصا في حق  
المسلمين فكانا حراما عليهم وبقي أحلالا على الكفار كنسكاح المشركات كان حلالا في حق الناس كافة ثم ورد  
التحريم خاصا في حق المسلمين فبقى حلالا في حق الكفار فكذلك ههنا لا يرى إلى خطاب الله تعالى المؤمنين  
في سورة المائدة بعبارة قوله تعالى يا أيها الذين آمنوا انكحوا منكم ما يريد الله ليجعل لكم سبل  
اليسرى فاجتنبوه لكم نفلحون والمؤمن هو الذي يعلم إذا اجتنب الخمر وقال تعالى حرمت عليكم  
الميتة والدم ولحم الخنزير إلى هنا لفظ غاية البيان ثم إن التحقيق الذي لا يحيد عنه ههنا ما ذكره صاحب  
البدائع حيث قال وما الكلام في المسئلة من حيث المعنى فبعض مشايخنا قالوا الخمر مباح في حق  
أهل الذمة وكذا الخنزير فالخمر في حقهم كمثل في حقنا والخنزير في حقهم كالشاة في حقنا في حق الإباحة  
شرعا فكان كل واحد منهم مالا متقوما في حقهم ودليل الإباحة في حقهم أن كل واحد منهم ما منتهى  
به حقيقة صالح لا فامة مصلحة البقاء والاصل في أسباب البقاء هو الإطلاق إلا أن الحرمة في حق المسلم  
ثبتت نصا غير معقول المعنى أو محقولا المعنى لا يوجد ههنا أو يوجد لكنه يقتضي الحل لا الحرمة وهو قوله  
تعالى انكحوا ما بين يدي الشيطان أن يقع بينكم العداوة والبغضاء في الخمر والميسر ويصدكم عن ذكر الله وعن  
الصلاة لأن الصد لا يوجد في الكفرة والعداوة فيما بينهم واجب الوقوع لأن سبب المنازعة والمنازعة سبب  
الهلاك وهذا يوجب الحل لا الحرمة فلا تثبت الحرمة في حقهم وبعضهم قالوا إن الحرمة ثابتة في حقهم  
كما هي ثابتة في حق المسلمين لأن الكفار مخاطبون بشرائع هي حرمت عندنا وهو الصحيح من الأقوال على  
ما عرفت في أصول الفقه رعى هذا ما بقي الضمان وجهان أحدهما أن الخمر وإن لم تكن مالا متقوما  
في الحال فهي معرضة أن تصبح مالا متقوما في الثاني بالتخلل والتخيل وبحسب ضمان الغصب والاتلاف  
يعتمد كون المحل المغصوب والمتلف مالا متقوما في الجملة ولا يقف على ذلك الحال لا يرى أن المهر والخش  
وما لا منفعة له في الحال مضمون بالغصب والاتلاف والثاني أن الشرع منعنا عن التعرض لهم بالمنع  
عن شرب الخمر وأكل الخنزير حسما لا يرى على رضى الله عنه أنه قال أمرنا بأن نتركهم وما يدينون  
ومثله لا يكذب وقد افترسب الخمر وأكل الخنزير فترسبنا ترك التعرض لهم في ذلك ونفي الضمان بالغصب  
والاتلاف يقتضي أن التعرض لا ينافي ما إذا علم أنه إذا غصب أو أثلف لا يؤخذ بالضمان يقدم على  
ذلك وفي ذلك منعهم والتعرض لهم من حيث المعنى والله أعلم إلى هنا لفظ البدائع (قوله ونحن أمرنا بأن  
نتركهم وما يدينون) أقول أقامنا أن يقول فلم لا نتركهم وما يدينون في بعض الأمور كحداث البيعة  
والكنيسة وكر كواب الخيل وحمل السلاح فانهم يمنعون منها على ما صرح في كتاب السير والجواب أن

( ونحن أمرنا بأن نتركهم وما يدينون ) يعني لا نجادلهم  
على السرك ( والسيف موضوع ) يعني لا يجبرون  
على الترك بالإلزام بالسيف  
لعمد الذمة وحيث تترك  
الإلزام على ترك التسدين  
فبقى التتوم في حقهم وإذا  
بقى فقد وجد تلاف مال  
ملوك متقوم وذلك يوجب  
الضمان بالنص فيضمنه  
وفوقض بما إذا مات المجوسى  
عن ابنتين أحدهما  
أمر أنه فأنه لا تستحق  
بالزوجة شيئا من الميراث  
مع اعتقادهم صحة ذلك  
النكاح وصحة النكاح  
توجب تورث المرأة من  
زوجها في جميع الأديان  
إذا لم يوجد المانع ولم يوجد  
في ديانهم ثم نتركهم وما  
يدينون واجب بأن لا نسلم  
أنهم يعتقدون التورث  
بأسكحة الحارم فلا بد  
من بيان

( قوله لا نجادلهم على الترك الخ )  
أقول أى ترك ما يدينون  
( قوله وأجب بأن لا نسلم )  
أنهم يعتقدون التورث  
( الخ ) أقوله بوجه أن مراد  
الناقض إذا إذا حكمنا بينهم  
على شرع الإسلام لضاهم  
ذلك لا نورثها

وقوله (بمخلاف الميتة والدم) جواب لمفسر عليه للشافعي رحمه الله لم يذكره في الكتاب (لأن أحدا من أهل الأديان لا يدين بقولهما إلا أنه يجب قيمة الخمر وإن كانت مثلية) ونذكر في الكتاب بتأويل الشراب أو المذكور (لأن المسلم ممنوع عن تملكه لكونه أعزازا له) بخلاف أهل الذمة فانهم غير ممنوعين عن تملكها وتملكها فان حرت بينهما مبايعة (٣٩٩) جازلهم التملك والتملك وإن

استملكها بعضهم لبعض جاز تسليم مثلها وسلمه (قوله) وهذا بخلاف الربا متعلق بقوله لأن الذي غير ممنوع عن تملك الخمر كذا قيل والاولى

أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون إلى آخره لا تساق ما بعده من العطف حقيقته (وقوله لأنه مستثنى من عقودهم) يعني بعدم الجواز لقوله صلى الله

عليه وسلم الأمن أربى فليس بيننا وبينه عهد وذلك لأنه فسق منهم لا دين لثبوت حرمة الربا في دينهم قال الله تعالى وأخذهم الربا وقد نهوا عنه (وبخلاف العبد المرتد للذي) فإن المسلم إذا أتلفه لا يضمن شيئا وإن كان

اعتقاد الذي أن العبد المرتد مال ممتنع وهو أيضا في الحقيقة مفسد عليه للشافعي رحمه الله ووجه الجواب (أما ما نحن عليه من ترك التعرض) للعبد المرتد للذي (لما فيه) أي في ترك التعرض (من الاستخفاف بالدين) بالترك

والاعراض عنه واستنسل هذا التعليل بما إذا أتلف على نصراني صليبا فاء يضمن قيمته صليبا وفي ترك التعرض استخفاف بالدين وأجيب بأن ذلك كفر أصلي فالنصراني مفسر على ذلك

بمخلاف ارتداد (قوله قوله وهذا بخلاف) أقبل بل الأولى أن يتعلق بقوله فيضمنه والإشارة إلى ما ذكر من الخمر والخنزير

بمخلاف الميتة والدم لأن أحدا من أهل الأديان لا يدين بقولهما إلا أنه يجب قيمة الخمر وإن كان من ذوات الأمثال لأن المسلم ممنوع عن تملكه لكونه أعزازا له بخلاف ما إذا حرت المبايعة بين الذميين لأن الذي غير ممنوع عن تملك الخمر وتملكها وهذا بخلاف الربا لأنه مستثنى عن عقودهم وبخلاف العبد المرتد يكون للذي لأن ما ضمنه لهم ترك التعرض له لما فيه من الاستخفاف بالدين

أمثالها مستثنى مما يدينون بدلائل ذكرت في موضعها كما أن الربا مستثنى من عقودهم بقوله عليه الصلاة والسلام الأمن أربى فليس بيننا وبينه عهد على ما سألني بيته عن قريب قال صاحب العناية أخذنا من النهاية ونوقض بما إذا مات المجوسى عن ابنتين أحدهما امرأة فأنه لا تسحق بالزوجة شيئا من الميراث مع اعتقادهم صحة ذلك النكاح وصحة النكاح توجب تورث المرأة من زوجها في جميع الأديان أذ لم يوجد المانع ولم يوجد في ديانهم ثم تركهم وما يدينون وأجيب بالأناسلم أنهم يعتدون

التورث بأنكحة المحارم فلا بد من بيان اهـ واعترض بعض الفضلاء على الجواب حيث قال فيه أن مراد الناقد لما إذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك لأنورنها اهـ (أقول) ليس فيما ذكره كبير حاصل إذ مراد المجيب أيضا أن عدم تورثنا أباهما إذا حكمنا بينهم على شرع الاسلام بطلبهم ذلك لعدم ثبوت اعتقادهم التورث بأنكحة المحارم منهم بعتقد المجوسى صحة نكاح المحارم وليس من ضرورة اعتقاد صحة النكاح اعتقاد استحقاق الميراث الأبرى أن الميراث ينتزع بالرق واختلاف الدين مع صحة

النكاح وقد صرح بهذا التفصيل في النهاية وإن أراد ذلك القائل أنهم لو اعتقدوا التورث بأنكحة المحارم وطلبوا ذلك لم يحكم بينهم بذلك أيضا على شرع الاسلام فلا فائدة فيه لأن ما يضرنا إنما هو انتقض بما هو واقع لا بما هو فرض محض ثم أقول بقي ههنا كلام آخر وهو أن لا سائل أن يورد انتقض حينئذ عدم مات عن زوجة كافرة فأنه لا تسحق شيئا من الميراث عندنا لاختلاف الدين مع أن وجوب تورث الزوجة من زوجها مقررى في جميع الأديان أذ لم يوجد مانع والظاهر أن الكفر ليس بمانع عن

الارث في اعتقاد الكفرة ولم نتركهم وما يدينون هناك فتأمل في الجواب (قوله وهذا بخلاف الربا) متعلق بقوله لأن الذي غير ممنوع عن تملك الخمر وتملكها كذا قاله جماعة من الشراح وقال صاحب العناية بعد نقل ذلك والاولى أن يتعلق بقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون الخ لا تساق ما بعده من العطف حينئذ اهـ (أقول) تعلفه بما ذكره صاحب العناية غير ظاهر السداد لأن كلمة هذا مع كونها بما أبى ذلك جدا لا يستقيم أن يكون الربا من خلاف قوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون لأن الربا لما كان مستثنى من عقودهم وكان ذلك فسقاً منهم لا تديننا لثبوت حرمة الربا في دينهم بقوله تعالى

وأخذهم الربا وقد نهوا عنه كما صرحوا به فاطبة حتى صاحب العناية نفسه لم يكن دافعا عنهم عن ربا بخلاف قوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون كما لا يخفى على ذي مسكة وعلى تقدير أن يكون قول المصنف وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله نحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون يصير المسمى وهذا أي قوله ونحن أمرنا أن نتركهم وما يدينون ملتبس بخلاف الربا وليس هذا المعنى بسديد لعدم ملازمة اختلاف بينهم كما بينا آنفا وأما على تقدير أن يكون قوله وهذا بخلاف الربا متعلقا بقوله لأن الذي غير ممنوع عن تملك الخمر وتملكها كما ذهب إليه جماعة من الشراح فيه سيروا المسمى وهذا أي عدم كون الذي ممنوعا

عن تملك الخمر وعلما ملتبس بخلاف الربا لكونهم ممنوعين عن الربا ولا يخفى أن هذا المعنى بسديد

(قوله قوله وهذا بخلاف) أقبل بل الأولى أن يتعلق بقوله فيضمنه والإشارة إلى ما ذكر من الخمر والخنزير



ولو هلك في يده لا يضمنه بالاجماع أما النخل فلانه لما بقي على ملك مالكه وهو مال متقوم ضمنه بالاتفاق ويجب مثله لان النخل من ذوات الامثال وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه وهو مال متقوم فيضمنه مذبوغا بالاستهلاك ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه

الكتاب بالحكم يحمل متروك التسمية عامدا فانه مخالف لقوله تعالى ولانا كلوا مما لم يذكركم الله عليه والكلام ههنا في متروك التسمية عامدا فكيف يتصور فيه التنفيذ وأما ثانيا فلان حاصل الجواب المذكور أن علة الامر بالتروك في قوله عليه الصلاة والسلام اتركوهم وما يدينون هي عقد الذمة وهو منتف في حق المجتهدين فلا يتصور الحاق المجتهدين بأهل الذمة في ترك المحاجة لادلالة ولا قياسا ولا يفتي أن هذا يدفع السؤال بأن الدليل الدال على ترك المحاجة مع أهل الذمة دال على تركها مع المجتهدين بالطريق الاولى وان حديث تنفذ القاضي ما حكم به قاض آخر على خلاف مذهبه لا يقدح في دفع الجواب المذكور والسؤال المزبور بل هو كلام آخر معلوم وجهه في محله (قوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع) قال صاحب العناية والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلماذا لم يذكروا المصنف اه (أقول) هذا ليس بسديد لان الذي لا يحتاج الى دليل ما أجمع عليه الامة بالاجماع الذي هو أحد الأدلة الاربعة الشرعية فان الاجماع عليه بالمعنى المذكور يكفي دليلا عليه والظاهر أن مراد المصنف بالاجماع ههنا هو اجماع أئمتنا الثلاثة الذين وقع الخلاف بين أعظمهم وبين صاحبه فهاذا كرتاف من مسئلة الاستهلاك لاجماع الامة الذي هو من الأدلة لان هذا الاجماع انما يتحقق باتفاق جميع المجتهدين الموجودين في عصر من أمة محمد صلى الله عليه وسلم على حكم شرعي وهو غير ثابت فيما نحن فيه وكيف وقد قال في معراج الدراية ههنا وعند الأئمة الثلاثة يعني مالكا والسافعي وأجدوا تخطت الخبر بنفسها وهلك في يد الغاصب يضمن وأما اذا تخلت بفعل الغاصب لا يضمن وفي الجلد المدبوغ على قول لا يلزمه رده ولا يضمن وفي قول وجب رده ويضمن اه فظهر منه مخالفة هؤلاء الأئمة الثلاثة لا تمتنا في بعض صور الهلاك فيما نحن فيه مع أن مالكا من معاصري أبي حنيفة والسافعي من معاصري محمد فلم يتحقق اجماع الامة في زمنهم على عدم الضمان في بعض صور هذه المسئلة قطعاً ولم ينفل اجماع أمة أخرى من قبل فلم يمكن حمل الاجماع لذلك كور على اجماع الامة كما لا يفتي وقال صاحب النهاية ههنا ولم يذكروا دليل لقوله ولو هلك في يده لا يضمن بالاجماع لان دليله ظاهر وهو أنه لو ضمن لا يخلو إما أن يضمن قيمته يوم الغصب أو يوم الهلاك ولا وجه لضمان قيمته يوم الغصب لانه لم يكن لكل واحد من الخبر وجلد الميتة قيمة يوم الغصب ولا وجه لضمان قيمته يوم الهلاك أيضا لانه لم يوجد منه فعل في هلاكه والضمان لا يجب الا بعمل موصوف بالتعدي اه كلامه (أقول) ظهوره هذا الدليل المفصل الدائر على التردد غير مسلم ولو سلم فكونه أظهر من سائر الأدلة التي ذكرها السائر المسائل سيما دليل وجوب الضمان في استهلاك النخل ممنوع ولو سلم فليس من دأب المصنف ترك ذكر الدليل بالكلمة في شيء من المسائل \* ثم أقول لعل وجه عدم ذكر المصنف دليل هذه المسئلة ههنا ان فهمه مما ذكره في دليل مسئلة الاستهلاك يرشدك اليه قطعاً قوله في أثناء ذلك وبهذا فارق الهلاك بنفسه تبصر ترشد (قوله كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه) قال صاحب العناية وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه اه (أقول) هذا النظر ساقط حداً لان سلم أولاً أن نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان فان نفس الغصب انما يوجب رد العين على ما عرف في صدر كتاب الغصب وانما يجب ضمان المثل أو القيمة بالهلاك أو الاستهلاك ولئن سلم ذلك فكون

وان هلك في يده فلا ضمان عليه بالاجماع والمجمع عليه لا يحتاج الى دليل لان دليله الاجماع فلماذا لم يذكروا المصنف والبيضة على ذلك أنه ان ضمن فلا وجه لضمان قيمته يوم الغصب حيث لم يكن له قيمة يومئذ ولا ضمان قيمته يوم الهلاك لانه لا يجب الا بفعل موصوف بالتعدي والقرض عدمه (قوله أما النخل) دليل صورة الاستهلاك وهو ظاهر (وأما الجلد فلهما أنه باق على ملك المالك حتى كان له أن يأخذه) قال القدوري يعني اذا غصب الجلد من منزله فأما اذا ألقاه صاحبه في الطريق فأخذه رجل فدبغه فليس للمالك أن يأخذه وعن أبي يوسف رحمه الله أن له أن يأخذه في هذه الصورة أيضا واذا كان باقيا على ملكه (وهو مال متقوم) وقد استهلكه (يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما اذا غصب ثوبا فصبغه ثم استهلكه يضمنه ويعطيه المالك ما زاد الصبغ فيه) وفيه نظر لان نفس الغصب في هذه الصورة يوجب الضمان بخلاف المتنازع فيه

(قوله ولانه واجب الرد) دليل آخر وتقريره أن الجلد لو كان قائما وجب على الغاصب رده فاذا قوت الرد خلفه قيمته كما في المستعار  
يضمن بالاستهلاك لا الهلاك وبهذا فارق الهلاك بنفسه لانه لا تقويت منه هناك قال الامام في الاسلام رده الله وغيره في شرح  
الجامع الصغير وقوله لما يعطى (٤٠٣) ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس يعني أن القاضي قوم الجاد بالدراهم

ولانه واجب الرد فاذا قوته عليه خلفه قيمته كما في المستعار ووجه فارق الهلاك بنفسه وقوله لما  
يعطى ما زاد الدباغ فيه محمول على اختلاف الجنس أما عندنا في يطرح عنه ذلك القدر ويؤخذ  
منه الباقي لعدم اتمامه في ادخذه ثم في الرد عليه ولا أن نخرج حصل به مع العصب وصعته  
متقومة لاستعماله بالامنة وما فيه ولهذا كونه أن يردده حتى يستوفي ما زاد له اغيبه فكان حاله  
والجاد تبع له في حق التقويم ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون عليه فكذا التابع كما اذا هلك من  
غير صنعة بخلاف وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير تابع للصنعة في حق الملك لثبوته  
فبها ران لم يكن متعوما بخلاف الذكي والثوب لان التقويم فيهما كان تابعا قبل الدباغ والصبيغ فلم  
يكن تابعا للصنعة

والدباغ بالذناير فيضمن  
الغاصب القيمة ويأخذ  
ما زاد الدباغ أما اذا قومه  
بالدراهم أو بالذناير فيطرح  
عنه ذلك القدر ويؤخذ منه  
الباقي لعدم القاطنة في الأخذ  
منه ثم في الرد عليه ولا في  
حقيقة رده الله لا نسلم أن  
الجلد مال متقوم بانه نفسه  
وانما حصل له التقويم بصنعة  
الغاصب وصنعة متقومة  
لاستعماله بالامنة وما فيه  
ولهذا كان له أن يحبس حتى  
يستوفي ما زاد الدباغ فكان  
التقويم حقا للغاصب وكان  
الجلد تابعا للصنعة الغاصب  
في حق التقويم ثم الاصل وهو  
الصنعة غير مضمون عليه  
فكذا التابع لئلا يلزم مخالفة  
التبع أصله كما اذا هلك من  
غير صنعة فان عدم الضمان  
هناك باعتبار أن الاصل  
وهو الصنعة غير مضمون  
فكذلك الجلد والا فالغصب  
موجب للضمان في الهلاك  
والاستهلاك (قوله بخلاف  
الرداخ) جواب عن قولهما  
ولانه واجب الرد وتقريره  
أن وجوب الرد حال قيامه  
لانه يتبع الملك والجلد غير  
تابع للصنعة في حق الملك

نفس الغصب سببا للضمان لانه في كون الاستهلاك أيضا من الله ومقصود المصنف قياس المتنازع  
فيه على تلك الصورة في كون التعدي سببا لستهلاك سببا للضمان المتعدي ما استلزمه اعطاء العلم الذي ما زاده  
الصنعة وهذا المعنى متحد بين المقيس والمقيس عليه غاية الأمر أن في جانب المقيس عليه سببا آخر  
للضمان وهو هذا الإتيان في صحة القياس عليه في السبب المشتبه وقد اشار إليه صاحب النهاية حيث قال  
في حل هذا المحل ان الاستهلاك جنابة وجبة ضمن في محل هو مال متقوم وقد وجد ذلك لما بقي الجلد  
على ملك صاحبه بعد ما سار له بالمتقوما كما في التراب الآن نك السبب الاول وهو الغصب موجب  
للضمان أيضا فله أن يضمنه أي السببين شاء وهما السبب الاول وهو الغصب غير موجب للضمان  
فتعين التضمن بالسبب الثاني فكان هو في السبب كغيره ولو استلزمه غيره كان للغاصب رده منه أن يضمن  
المستهلاك ويعذر الغاصب ما زاد الدباغ فيه الى هنا كلامه (قوله ثم الاصل وهو الصنعة غير مضمون  
عليه فكذا التابع كما اذا هلك من غير صنعة) قال صاحب العناية في شرح قوله كما اذا هلك من غير  
صنعة فان عدم الضمان هناك باعتبار أن الاصل وهو الصنعة غير مضمون فكذلك الجلد والا فالغصب  
موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك (قوله بخلاف الرداخ) جواب عن قولهما  
ولانه واجب الرد وتقريره أن وجوب الرد حال قيامه لانه يتبع الملك والجلد غير  
تابع للصنعة في حق الملك

لثبوته قبلها وان لم يكن متعوما والحاصل أن الضمان بعدم التقويم والاصل فيه ان الصنعة وهي غير مضمونة  
فكذا ما يتبعها او الرد يعتمد الملك والجلد فيه أصل لا تابع بوجوب رده يتبع الصنعة وهو بخلاف الذكي والثوب (جواب عن قولهما  
كما اذا غصب ثوبا وأقمه الذكي استعمله في الدباغ والصبغ فلم يكن تابعا للصنعة والتقويم بوجوب الضمان



ولو كان قائماً فأراد المالك أن يتركه على الغاصب في هذا الوجه وبضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لأن  
 الجلد لا قيمة له بخلاف صبيغ الثوب لأن له قيمة وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك  
 لأنه إذا تركه عليه رضي به عجز الغاصب عن رده فصار كالاستهلاك وغر على هذا الخلاف على ما يباه  
 تحق الغصب الشرعي موجباً للضمان في الهلاك والاستهلاك أو كان يتردد حصول التقويم للأخذ  
 بعد الأخذ كما يوافق تحق الغصب الشرعي لو حب لضمماً في صورة سلاسل النحر المتخللة بنفسها في يد  
 الأخذ جبراً مع اختلاف ما عليه الأجماع ثم اقول لما ظهر بما بيناه أن كون مراد المصنف بقوله كما إذا  
 هلك من غير صنعه ما ذكره الشارحان الزبوران مما يليق بقدره الجليل وإن كان في ظاهر لفظه مساعدة  
 لذلك كان حجة علينا أن نحمل كلامه على خلاف ذلك فنقول يجوز أن يكون مراده بوله كما إذا هلك  
 من غير صنعه هو التشبيه والتفريق في مجرى عدم وجوب الضمان وإن كان السبب محتافاً في صورتين  
 ويجوز أن يكون مراده بقوله المذكور هو القياس على تلك الصورة في خصه من السبب وهو كون  
 الأصل الذي هو الصنعة غير مضمون فكذلك التابع لكن من حيث جبراً أن يكون هذا السبب سبباً  
 أيضاً في صورة هلاك المدبوغ في يده من غير صنعه لا من حيث وجوب أن يكون هذا السبب هو السبب  
 في تلك الصورة كما يقتضيه قولهما والألف الغصب موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك فإنه إذا لم  
 يجب أن يكون هذا السبب هو السبب لعدم الضمان في صورة الهلاك بل جار أن يكون له فيها سبب  
 آخر وهو عدم تحقق فعل موصوف بالاعتداء كما مر بيانه لم يجب الضمان هناك بانتفاء هذا السبب  
 لأن انتفاء أحد السببين المستقلين يوجب انتفاء السبب فيلزم أن لا يصح قولهم أمار الألف الغصب  
 موجب للضمان في الهلاك والاستهلاك لأنه على تقف قوله ولو كان قائماً فأراد المالك أن يتركه  
 على الغاصب في هذا الوجه وبضمنه قيمته قيل ليس له ذلك لأن الجلد لا قيمة له بخلاف صبيغ الثوب لأن له  
 قيمة قال الشراح في تفسير قولهم قيل ليس له ذلك أي مطلقاً بخلاف ما يقتضيه هذا التفسير مقابلة  
 قوله وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة وعندهما له ذلك كما لا يخفى (أقول) تعليل هذا القول الاتفاق  
 بقوله لأن الجلد لا قيمة له بخلاف صبيغ الثوب لأن له قيمة مشكل عندي فإنه لا ينتمى على أصل  
 الإمامين إذ قد مر أن أصلهما الجلد باق على ملك المالك وهو مال متقوم وبضمنه مدبوغاً بالاستهلاك  
 ويعطيه المالك ما زاد الدباغ فيه كما إذا غصب ثوباً نصبغناه استهلكه بضمنه ويعطيه المالك ما زاد  
 الصبيغ فيه والتعليل المذكور هنا صريح في ذلك لا يخفى لا يقال المراد ههنا أن الجلد  
 لا قيمة له وقت الغصب بل في وقت الثوب لأن له قيمة في وقت الغصب والمراد أن الجلد مال متقوم بعد الدباغ  
 فصار كالثوب بعده فلا منافاه لأننا قول الكلام فيما إذا أراد المالك أن يتركه على الغاصب وبضمنه  
 قيمته بعد أن صار مالاً مستقوماً بالدباغ كما أشار إليه المصنف بقوله في هذا الوجه فلا وجه لتعليل ما قيل  
 ليس له ذلك بخلاف أن الجلد لا قيمة له وقت الغصب بخلاف أن السبب في عدم تقويم جلد الميتة وقت  
 الغصب لا ينافي عندهما كونه مضموناً على الغاصب بعد أن صار مالاً مستقوماً بالدباغ وهذا يجب عليه  
 الضمان عندهما بالاستهلاك في هذه الصورة بناء على كونه مالاً مستقوماً بالدباغ فإنه على ملك المالك  
 كما مر على أنه لو كان المراده من الجلد قيمة رقعة الغصب فله قيمة في وقت الغصب ثم لا ينافي في ذلك أن  
 يقال بخلاف صبيغ الثوب أن البص في الثوب يباذله باع في الجاهل (نعم) تركه عليه  
 وضمنه عجز الغاصب عن رده فإنه لا قيمة له وعلى المصنف أن يبين ما يبينه قاله أحب  
 إلى أنه وفيه نظر لأن العجز عن الاستهلاك لا يضر من جهة الغاصب وبضمنه قيمته من جهة المالك  
 ولا يلزم من جبراً رتبته في صورة دنس الثوب الغصب جوازاً فيما ذكره كذلك (أقول) يمكن  
 أن يجاب عن هذا النظر أن العجز في الاستهلاك لا يضر من جهة الغاصب بل ذلك العجز فيما تركه

(ولو كان) الجلد (فأما فأراد)  
 المالك أن يتركه على  
 الغاصب في هذا الوجه) أى  
 الذى كان الدباغ فيه بشئ  
 متقوم (وبضمنه قيمته قيل  
 ليس له ذلك) بلا خلاف (لأن  
 الجلد لا قيمة له بخلاف صبيغ  
 الثوب لأن له قيمة وقيل  
 ليس له ذلك عند أبي حنيفة  
 رحمه الله وعندهما له ذلك)  
 وقوله (لأنه إذا تركه) دليل  
 أن في المسئلة خلافاً للدليل  
 المخالفين ووجه ذلك أنه إذا  
 ترك الجلد على الغاصب  
 وضمنه عجز الغاصب عن  
 رده فصار كالاستهلاك  
 وهو أى الاستهلاك على  
 هذا الخلاف على ما بيناه  
 آنفاً وفيه نظر لأن العجز في  
 الاستهلاك لا يضر من جهة  
 الغاصب وفيما تركه وضمنه  
 القيمة من جهة المالك ولا  
 يلزم من جواز التضمين في  
 صورة اعتدى فيها الغاصب  
 جوازاً فيما ليس كذلك

ثم اختلف في كيفية الضمان على قولهم ما فقيل يضمه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كافي صورة الاستهلاك وقيل قيمة جلد ذكي غير مدبوغ هذا كله اذا دبغ بماله قيمة وخل بغير خلط شيء أما اذا دبغه بمالا قيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب وهو لا يزال ملك المالك ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته في قولهم جميعا لانه صار مالا على مالك صاحبه ولا حق للغاصب فيه فكانت المالية والنقوم جميعا حق المالك فيضمن بالاستهلاك واختلفوا في كيفية الضمان فقيل ضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهر غير مدبوغ وقد ذكر وجه القولين في الكتاب وهو ظاهر واذا خلل الخمر بالقاء الملح فيه قال المشايخ رحمه الله صار الخسل ملكا للغاصب ولا شيء عليه عند أبي حنيفة (٤٠٤) رحمه الله وعندهما أخذه المالك وأعطى ما زاد الملح فيه كافي دباغ الجلد وقوله

(قالوا) يشير الى أن ثمنه قولاً آخر وهو ما قبل ان هذا والاول سواء لأن الملح صار مستهلكا فيه فلا يعتبر وباقى كلامه ظاهر سوى ألفاظ يشير اليها قوله (فهو على ما قبل وقيل) بتكرير قيل إشارة الى القولين المذكورين في دبغ الجلد وهو ما ذكره بقوله ولو كان قائما فأراد المالك الى أن قال قيل ليس له ذلك وقيل ليس له ذلك عند أبي حنيفة رضى الله عنه وقوله (وهو على أصله ليس باستهلاك) أى أصل محمد رحمه الله فان أصله وهو قول أبي يوسف رحمه الله أيضا أن خلط الشيء بجنسه ليس باستهلاك عندهما وحينئذ كان الخل مشتركا بينهما فإذا أنلفه فقد أنلف حق نفسه وغيره فيضمن خلا مثل خل المفصوب منه وقوله (هو للغاصب في الوجهين) يعنى ما اذا صارت خلا من ساعته

ثم قيل يضمه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كافي الاستهلاك وقيل يضمه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ ولودبغه بمالا قيمة له كالتراب والشمس فهو لصاحبه بلا شيء لانه بمنزلة غسل الثوب ولو استهلكه الغاصب ضمن قيمته مدبوغا وقيل طاهرا غير مدبوغ لأن وصف الدباغة هو الذى حصله فلا يضمه وجه الاول وعليه الاكثرون أن صفة الدباغة تابعة للجلد فلا تفرده عنه واذا صار الاصل مضموما عليه فكذا صفتة ولو خلل الخمر بالقاء الملح فيه قالوا عند أبي حنيفة صار ملكا للغاصب ولا شيء عليه وعندهما أخذه المالك وأعطى ما زاد الملح فيه بمنزلة دبغ الجلد ومعناه ههنا أن يعطى مثل وزن الملح من الخسل وان أراد المالك تركه عليه وتضمينه فهو على ما قيل وقيل في دبغ الجلد ولو استهلكها لا يضمها عند أبي حنيفة خلافا لهما كما في دبغ الجلد ولو خللها بالقاء الخل فيها فعن محمد أنه ان صار خلا من ساعته يصير ملكا للغاصب ولا شيء عليه لانه استهلاك له وهو غير متقوم وان لم يصير خلا لا بعد زمان بأن كان الملقى فيه خلا قليلا فهو بينهما على قدر كيلهما لان خلط الخل بالخل في التقدير وهو على أصله ليس باستهلاك وعند أبي حنيفة هو للغاصب في الوجهين ولا شيء عليه لان نفس الخلط استهلاك عنده ولا ضمان في الاستهلاك لانه أنلف ملك نفسه وعند محمد لا يضمن بالاستهلاك في الوجه الاول لما بينا ويضمن في الوجه الثاني لانه أنلف ملك غيره وبعض المشايخ أجروا جواب الكتاب على اطلاقه أن للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها بغير شيء لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما وقد كثر فيه أقوال المشايخ وقد أبتناها في كفاية المنتهى

المالك على الغاصب وضمنه القيمة كان الامر من جهة الغاصب فان المالك اغتار به عامة وضمنه القيمة بسبب أن الغاصب زاد عليه ماله قيمة فوجب على المالك على تقدير أخذه اعطاه ما يقابل ذلك الزائد وهو لا يقدر على اعطائه ولا يهيمه ذلك فكان السبب الاصلى للجزء الغاصب عن رده فعل نفسه لا يرى أنه لودبغه بمالا قيمة له وكان هو لصاحبه بلا شيء كما سيجي لم يكن للمالك تركه عليه وتضمينه القيمة عند أحد أصلا (قوله ثم قيل يضمه قيمة جلد مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كافي الاستهلاك) وقيل يضمه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ) يعنى اختلف المشايخ في كيفية تضمين على قوله ما فقيل بعضهم يضمه قيمة جلد ذكي مدبوغ ويعطيه ما زاد الدباغ فيه كافي صورة الاستهلاك وقال بعضهم يضمه قيمة جلد ذكي غير مدبوغ كذا في الشروح (أقول) غرة هذا الاختلاف غير ظاهرة عندى فان قيمة جلد مدبوغ بعد أن يطرح عنها قدر ما زاد الدباغ فيه هي قيمة جلد ذكي غير مدبوغ بعينها ان قد قال المصنف فيما مر

أو بعد زمان وقوله (أجروا جواب الكتاب) يعنى الجامع الصغير وهو قوله لصاحب الخمر أن يأخذ الخل بغير شيء ومعناه في أن بعضهم جعلوه على الوجه الاول وهو التخليل بغير شيء كما تقدم وبعضهم أجروه على اطلاقه وقالوا للمالك أن يأخذ الخل في الوجوه كلها وهي التخليل بغير شيء والتخليل بالقاء الملح والتخليل بصب الخل فيها لان الملقى فيه يصير مستهلكا في الخمر فلم يبق متقوما قال المصنف (وعندهما أخذه المالك) أقول قال صاحب التسهيل بشكل هذا بما مر من أصلهم وهو انه اذا غيره بفعله حتى زال اسمه ومعظم منافعه ملكه فيتعين الضمان والخل كذلك لزال اسم الخمر ومعظم ما يقصده من الأغراض يفعله وهو القاء الملح ونحوه فيمنعني أن يأخذه ويمكن أن يقال كأنه يتخلل بنفسه لان في طبيعته أن يتخلل بنفسه والملح أمر هالك لا يستتبع بخلاف الخل انتهى ويمكن أن يتعلق ببقاء صورته وعدم زوال منافعه فان منافعها الغير المشروعة كالمنافع

قال (ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا أو من مارا أو دقا أو أراق له سكرًا أو منصفًا هو ضامن ويبيع هذه الأشياء جائز) وهذا عند أبي حنيفة وقال أبو يوسف ومحمد لا يضمن ولا يجوز بيعها وقيل الاختلاف في الدف والطبل الذي يضرب للهرفًا مطبل الغزاة والدف الذي يباح ضربه في العرس يضمن بالاتلاف من غير خلاف وقيل الفتوى في الضمان على قولهما أو السكر اسم للذي من ماء الرطب إذا اشتد والمنصف مأذبه نصفه بالطبخ وفي المطبوخ أدنى طخخة وهو الباذق عن أبي حنيفة رواه ثمان في التضمن والبيع لهما أن هذه الأشياء أعدت للعبسة فبطر تقومها كالتجر ولأنه فعل ما فعل أمرًا بالمعروف وهو بأمر الشرع فلا يضمنه كما إذا فعل بالذن الإمام ولا يضمن حنيفة أنها أموال لأصلاحيتهما لا يضمن من وجوه الانتفاع وان صلحت لما لا يحل فصار كالأمة المغنية وهذا لأن الفساد بفعل فاعل مختار فلا يوجب سقوط النقوم وجواز البيع والتضمن مرتبان على المسالمة والتقوم والأمر بالمعروف باليسر إلى الأحرار لقد رتهم وباللسان إلى غيرهم وتجب قيمتها غير صالحة للهو كما في الجارية المغنية والكباش النطوح والحمامة الطيارة والديك المقاتل والعبدان الخصي تجب القيمة غير صالحة لهذه الأمور كذا هو في السكر والمنصف تجب قيمتهما ولا يجب المثل لأن المسلم ممنوع عن تملك عينه وإن كان لو فعل جازوه هذا بخلاف ما إذا أتلف على نصراني صليبا حيث يضمن قيمته صليبا لأنه مقرر على ذلك قال (ومن غصب أم ولد أو مذبذبة تف في يده ضمن قيمة المذبذبة ولا يضمن قيمة أم الولد) عند أبي حنيفة وقال لا يضمن قيمهما لأن مالية المذبذبة متقومة بالاتفاق ومالية أم الولد غير متقومة عنده وعندهما متقومة والدلائل ذكرناها في كتاب العتاق من هذا الكتاب

#### كتاب الشفعة

في بيان أخذ الجلد واعطاء ما زاد الدباغ فيه أنه ينظر إلى قيمته ذكيا غير مدبوغ وإلى قيمته مدبوغا فيضمن ما بينهما وذلك صريح في أن ما بقي من قيمة جلد مدبوغ بعد اعطاء ما زاد الدباغ فيه هو قيمة جلد ذكي بعينها فائدة الاختلاف المذكور والمال واحد والله تعالى أعلم وأحكم

#### كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الإنسان مال غيره بلارضاه في كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونها لكن توفر الحاجة إلى معرفته للاحتراز عنه مع كثرته بكثره أسبابه من الاستحقاق في البياعات والأشربة والأجارات والشركات والمزارعات أو بوجوب تقديمه كذا في العناية وكثير من الشروح (أقول) لا يذهب عليك أن الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما مر بيانها قد ساقته ذكر كتاب الشفعة إلى هنا فلا حاجة إلى الاعتناء بذكرها عن تقديم الغصب على الشفعة بقوله لكن توفر الحاجة إلى معرفته الخ فلا وجه لقوله والحق تقديمها عليه الخ عند ملاحظة تلك الوجوه الموجبة لترتيب الكتب السالفة على النمط المتقدم كما لا يخفى على ذي فطنة ساجدة قال بعض الفضلاء بعد أن نابه بعض ما قلناه ثم يمكن أن يقال في وجه التقديم أن الغصب يعم العقار والمنقول بخلاف الشفعة والاعم يستحق التقديم اهـ (أقول) ليس هذا بسديد إذا الغصب لا يعم العقار عند أبي حنيفة وأبي يوسف حينئذ بل الغصب يعمهما إنما يتصور في المنقول دون العقار كما مر في أوائل كتاب الغصب فصلاه مشروحا وإنما تأتي عموم الغصب للعقار والمنقول على أصل محمد والشافعي كما مر أيضا ثم ولا وجه لبناء وجه أنه تقديم على خلاف ما ذهب إليه إمامنا الأعظم وأما الثاني أن لو كفي مجرد كون العموم محل اجتهدا مجتهد لم يتم قوله بخلاف الشفعة فإن الشفعة أيضا تعم العقار والمنقول عند مالك فإنها واجبة في السفن أيضا عندده على ما صرحوا به وسأقي في الكتاب ثم إن من محاسن الشفعة دفع ضرر

قال (ومن كسر لمسلم بربطا أو طبلا) قال في الجامع الصغير ومن كسر لمسلم بربطا وهو آلة من آلات الطرب والطبل والمزمار والدف معروفة وقوله (أوراق له سكرًا) أي صبه يقال فيه هراق به ريق يتحريك الهاء وأوراق به ريق يسكونها والهاء في الأول بدل عن الهمزة وفي الثاني زائدة وكلامه إلى آخره ظاهر لا يحتاج إلى شرح والله أعلم بالصواب

#### كتاب الشفعة

وجه مناسبة الشفعة بالغصب تملك الإنسان مال غيره بلارضاه في كل منهما والحق تقديمها عليه لكونها مشروعة دونها

قال المصنف (لأن المسلم ممنوع عن تملك عينه) أقول لعل المراد بالمنع هو الكراهة والله أعلم

#### كتاب الشفعة

لكن لو فر الحاجة الى معرفته للاحتراز عن مع كثرته بكثرة اسبابه من الاستحقاق في البياعات والاشربة والاجارات والشركات والازرار  
 أو جب تقديمها وسيما انه الملك الشفيع ذلك المشتري وشرطها كون المبيع عقارا وهي مشتقة من الشفع وهو الضم سميت  
 بها لما فيها من ضم المشتراة الى عقا الشفيع وفي الشرية عبارة عن تلك المرما اتصال بمقار من العقار على المشتري بشركة أو جوار  
 نال (الشفعة واجبة للخليط اي) (١٠٠٤) الشفعة واجبة أي ثابتة لخلط في نفس المبيع أو للشرى ثم للخليط في حقه كالشرى

الشفعة مشتقة من شفع وهو ضم سميت به لما فيها من ضم المشتراة الى عقار الشفيع قال (الشفعة  
 واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرى والطريق ثم الجار) أفاد هذا اللفظ  
 ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء وأفاد الترتيب

الجوار وهو ما دام المضا قال الله تعالى وما جعل عليكم في الدين من حرج وقال النبي صلى الله عليه وسلم  
 لا ضرر ولا ضرار في الاسلام ولا شك لاحد في حسن دفع ضرر التأذي بسبب سوء المجاورة على الدوام وقد  
 جاء في تفسير قوله تعالى لا عذبة عذبا شديدا أي لا لزمنه صعبة الاضداد كذا في النهاية ومعراج الدراية  
 ثم ان الشفعة في اللغة مأخوذة من الشفع وهو الضم سميت به لما فيها من ضم المشتراة الى ملك الشفيع  
 وهو شفاعة رسول الله صلى الله عليه وسلم للذين لا به يضمهم بها الى الظاهرين وفي السريعة هي تلك  
 البقعة سيرا على المشتري بما قام عليه كذا في عامة الشروح والمتون الا أنه وقع في بعضها التملك العقار  
 بدل تلك البقعة في شرح بعض الشروحيين زيادة قيد في آخر التعريف وهو قوله بشركة أو جوار وتلك  
 ذكره في الاكثر بناء على ظهوره (أقول) في شكل اشكال وهو انه ان كانت حقيقة الشفعة  
 في السريعة هي التملك أخذ كذا في عامة الكتب يلزم أن لا يصح ما تقر عنه دهم وسيجي في الكتاب  
 من أن الشفعة تجب أي تثبت بعد البيع وتستقر بالاشهاد وتلك بالاخذ اذا سلمها المشتري  
 وحكمها احكام لا ذلك صريح في أن تحقق التملك في الشفعة عند اخذ البقعة المشفوعة بالتراضي  
 أو قضاء الثاني ان كانت حقيقة الشفعة في السريعة نفس ذلك التملك لزم أن لا يكون لقوله  
 الشفعة تثبت بعد البيع وتستقر بالاشهاد صحة اذا ثبتت والاستقرار لا يتصور بدون التحقق وحين  
 عقد البيع والاشهاد يوجد الاخذ بالتراضي ولا قضاء العاضد لا محالة فلم يوجد التملك أيضا فعلى تقدير  
 ان تكون الشفعة من ذلك التملك كيف يتصور ثبوتها بعد البيع واستقرارها بالاشهاد وأيضا قد  
 دمر سوابق حكم الشفعة حرا طلب الشفعة وثبوت الملك بالقضاء ورضاءه كانت الشفعة نفس  
 التملك لما صرح به من يجوز طلب الشفعة وثبوت الملك لأن يكون حكما للشفعة أما الاول فلا لأنه لا شك  
 أن المقصود من طلب الشفعة انما هو الوصل الى تلك البقعة المشفوعة وعذر حصول تملكها الذي هو  
 الشفعة على العرض المذكور لا يبقى محال جواز طلب الشفعة ضرورة بطلان طلب الحاصل وحكم  
 الشيء بقارن ذلك الشيء او عقبه ولا يتقدم عليه فلم يصلح جواز طلب الشفعة لأن يكون حكما للشفعة  
 على تقدير أن تكون الشفعة نفس التملك وأما الثاني فلا لأن ثبوت الملك هو عين التملك في المعنى وحكم  
 الشيء بخاره و ترتب علمه فلم يصلح ثبوت الملك أيضا لأن يكون حكما للشفعة على تقدير كون الشفعة  
 نفس التملك فالظاهر عندى في تعريف الشفعة في السريعة ما ذكره صاحب غاية البيان حيث قال  
 ثم للشفعة عبارة عن حق التملك في العصار لدفع ضرر الجوار اه فانه اذا كانت حقيقة الشفعة  
 في الشرى بسبب جوار حق التملك من حقيقة التملك يندفع الاشكال الذي ذكرناه بهذا بوجه ويظهر ذلك  
 بانها الاموال والى سرادامة العلماء أيضا ذلك ولكنهم تسامحوا في العبارة شأن بسبب الشفعة عند

و شرى ثم الجار يعني  
 الاصل في قول المصنف رحمه  
 الله (أفاد هذا اللفظ ثبوت  
 حق الشفعة لكل واحد  
 من هؤلاء وأفاد الترتيب

(قوله لكن لو فر الحاجة الى  
 معرفته للاحتراز عن مع  
 كثرته) أقول لكن  
 مذكرى بيان وجب تأخير  
 الغصب عن المأذون يعني  
 عن بيان سبب تقديم الغصب  
 على الشفعة ثم يمكن أن يقال  
 في وجهه بتقديم الغصب  
 على العقار والمصرل بخلاف  
 الشفعة والاعم يستحق  
 التقديم (بوجه من استحقاق  
 في البياعات والاشربة الخ)  
 أقول فيما بحث الآن بقل  
 كلمة من التعليل (قوله أو جب  
 تقديمها) أقول الظاهر تقديمه  
 قال المصنف (الشفعة مشتقة  
 من الشفع) أقول بقل  
 سميت كذا بكذا اذا جعلته  
 بد (قوله وفي السريعة  
 سميت) أقول قال الاتقاني  
 الشفعة عبارة عن حق  
 التملك في العقار لدفع ضرر  
 الجوار انتهى بلعله أولى  
 مما ذكره غيره من أنها تملك  
 عقار (قوله على المشتري

بشركة أو جوار) أقول لعل  
 اصنف الشفعة واجبة أي  
 قال المصنف (أفاد هذا اللفظ  
 ثبوت حق الشفعة لكل واحد  
 من هؤلاء وأفاد الترتيب  
 كما في أمثاله

أما النبوت فلقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم

عامّة المشايخ اتصال ملك الشفع مع ملك البائع لأن الشفعة إنما تجب بانفصال ملك الشفع عن الأصل  
وهو ضرر رسول المعاملة والمعاملة وانما يتحقق هذا الضرر عند اتصال ملك الشفع بالبائع وكان  
الخصاف رحمه الله تعالى يقول الشفعة تجب بالبائع ثم تجب بالطلب فيه وإشارة منه إلى أن كل ما سبب  
على التعاقب وأنه غير صحيح لأن الشفعة إذا وجبت بالبائع لا يتصور وجوبها ثانية بالطلب رد كرشح  
الاسلام رحمه الله أن الشفعة مع البيع على وجوب الشفعة لأن حق الشفعة لا يثبت إلا بهما قال ولا  
يجوز أن يقال بأن الشراء شرط والشركة علة وسبب فإن الشفع لو سلم الشفعة قبل البيع لا يصح ولو  
سلم بعد البيع يصح ولو كان سبب وجوب الشفعة الشركة وحدها لصح التسليم قبل البيع لأنه لا يجرى  
بعد وجود سبب الوجوب ألا يرى أن الإبراء عن سائر الحقوق بعد وجود سبب الوجوب جائز ولو لم يصح  
تسليم الشفعة قبل البيع عرفنا أن الشركة وحدها ليست بعلة والحاصل أن استحقات الشفعة  
بالشركة عند البيع أو بالشركة والبيع وتا كدها بالطلب وثبوت الملك في البقعة المنشوعة بالقضاء  
أو بالرضا كذا في الذخيرة وذكره صاحب النهاية معزى إلى المصنف والذخيرة والخفة وغيرها (أقول)  
يجوز أن يكون مراد الخصاف بقوله الشفعة تجب بالبائع ثم تجب بالطلب أنها تجب بالبائع ثم يأتى كذا  
وجوبها ويستقر بالطلب فيؤول إلى ما ذكره غيره من القول الصحيح المختار ويكون معنى قوله ثم تجب  
بالطلب تظهير ما ذكره المفسرون في قوله تعالى اهـ ذل الصراط المستقيم من أن معناه ثبوتنا على هدى  
الصراط المستقيم يكون نفس الهدى متحققة قبل الطلب وأما نظائر هذا في كلام البلغاء أكثر من  
أن تحصى والعجب أن عامة ثقات المشايخ جعلوا كلام ذلك أنهم ما الذي لا يطول في الفقه على المعنى  
الذي هو بين البطلان ولم يحمله أحد على المعنى الصحيح كونه على طرف التمام (قوله أما النبوت)  
فلقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة لشريك لم يقاسم (أقول لقائل أن يقول هذا الحديث وإن  
دل على بعض المدعى وهو ثبوت حق الشفعة للشريك إلا أنه ينفي بعضه الآخر وهو ثبوتها لغير الشريك  
أيضا كالجوار الملاصق لأن اللام في الشفعة المد كورة الجنس لعدم الهدوء وتعريف المسند إليه بلام  
الجنس يفيد قصر المسند إليه على المسند كما تقرر في علم الأدب ومثل بحقوقه عليه الصلاة والسلام  
الاتهم من قرئ سميما وقد أدخل على المسند ههنا لام الاختصاص كما ترى فكان عربيا في افتقار  
كافي الحمد لله على ما قالوا فأتى اقتضاء حق الشفعة عن غير الشريك وهو مذعوب الشارح المبتدئ  
في الجواب قال صاحب العناية بعدد كراهية الحديث المزبور رأيت الشفعة في ريبا كانت  
الدار مشتركة فباع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة أما إذا باع أحد الشريكين نصيبه قبل القسمة  
الآخر حق لافي المدخل ولا في نفس الدار فيه شذوذا لشفعة اهـ واعتراض بعض الفضلاء عن قوله  
إذا باع بعدها الخ ثم وجهه حيث قاله هذا قول مفهومة الصفة ونحن لا نقول به بل نأخذ بتخصيص  
بدلالة اللام الاختصاصية اهـ (أقول) كل من اعتراضه وتوجيهه ساقط أما الأول فأنزل صاحب  
العناية وأما إذا باع بعدها الخ ليس بداخل في تفسير معنى الحديث المزبور حتى يتجسس عليه ان هذا  
قول بفهوم الصفة ونحن لا نقول به بل هو كلام نفسه ذكره طريق الاستطراد بيان التراجيح والبيان  
فلا تدلو كانت اللام الاختصاصية مسددا للتخصيص بمعنى اقتصر لم أن يدل الشريك كونه  
عدم ثبوت حق الشفعة لتجار الملاصق أيضا لكونه غير شريك لم يقاسم فيلزم أن يكون حجة على الدار

والدليل على الأول ما روي  
عن رسول الله صلى الله  
عليه وسلم الشفعة لشريك  
لم يقاسم (أي ثبتت الشفعة  
لشريك إذا كانت الدار  
مشتركة باع أحده  
الشريكين نصيبه قبل القسمة  
أما ما باع به رها لم يثبت  
لشريك الآخر حق لافي  
المدخل ولا في نفس الدار  
فثبتت الشفعة

قال اصنف (عليه السلام)  
الصلاة والسلام  
لشريك لم يقاسم (أقول)  
قوله لم يقاسم لا يقع احتمال  
المجاور إذا لشريك بعد الدار  
(قوله ثبتت الشفعة)  
ذكر بطلان كبير (قوله أما)  
إذا باع بعد الدار يثبت  
لشريك الآخر حق لافي  
المدخل ولا في نفس الدار  
أقول ههنا قد جهرم  
الصفحة ونحن لا نقول به بل  
الآن يقال إنه يتجسس  
بدلالة اللام الاختصاصية  
(قوله ثبتت الشفعة)  
أقول فيه شيء أن يثبت  
المدخل لا الشفعة لطله



(وقوله صلى الله عليه وسلم جار الدار أحق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا) والمراد بالجار الشريف في حق الدار بدليل قوله ان كان طريقهم واحدا وقوله ينتظر له وان كان غائبا يعني يكون على شفيعته مدة غيبته اذ لا تأثير للغبية في ابطال حق تقرر سببه قبل معناه أحق به عرضا عليه للبيع ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار وان كان غائبا وأجيب بأنه صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الإطلاق قبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة أحق وهو كونه على شفيعته مدة الغيبة وهو قوله صلى الله عليه وسلم الجار أحق بسبقه قبل يارسول الله (٤٠٨) ماسبقه قال شفيعته وفي رواية الجار أحق بشفيعته والحديث الاول يدل على

وثبوت الشفاعة للشريك في نفس المبيع والشافي الشريف في حق المبيع والثالث للجار (وقال الشافعي رحمه الله لاشفاعة الجار اقوله صلى الله عليه وسلم الشفاعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفاعة) ووجه الاستدلال ان اللام للجنس لقوله صلى الله عليه وسلم الاثمة من قر يش فتخصر الشفاعة فيما يقسم يعني اذا كان قابلا للشفاعة واما اذا لم يكن فلا شفاعة فيه عنده وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفاعة فيه وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفاعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفاعة فيه قوله (ولان حق الشفاعة) دليل له معقول وتقريره أن حق الشفاعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تلك المال على الغير بلا رضاه فكان الواجب أن لا يثبت حق الشفاعة أصلا

ولقوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا ولقوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بسبقه قبل يارسول الله ماسبقه قال شفيعته ويرى الجار أحق بشفيعته وقال الشافعي لاشفاعة بالجار لقوله عليه الصلاة والسلام الشفاعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفاعة) ووجه الاستدلال ان اللام للجنس لقوله صلى الله عليه وسلم الاثمة من قر يش فتخصر الشفاعة فيما يقسم يعني اذا كان قابلا للشفاعة واما اذا لم يكن فلا شفاعة فيه عنده وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفاعة فيه وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفاعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفاعة فيه قوله (ولان حق الشفاعة) دليل له معقول وتقريره أن حق الشفاعة معدول به عن سنن القياس لما فيه من تلك المال على الغير بلا رضاه فكان الواجب أن لا يثبت حق الشفاعة أصلا

(قوله ولقوله عليه الصلاة والسلام جار الدار أحق بالدار والارض ينتظر له وان كان غائبا اذا كان طريقهما واحدا) أي جار الدار أحق بالدار وجار الارض أحق بالارض وقوله ينتظر له وان كان غائبا أي الشفيع يكون على شفيعته وان غاب اذ لا تأثير للغبية في ابطال حق تقرر سببه كذا قال تاج الشريعة ويقرب منه قول صاحب العناية يعني يكون على شفيعته مدة غيبته اذ لا تأثير للغبية في ابطال حق تقرر سببه اه قال في النهاية وفي رواية الاسرار ينتظر بها اذا كان غائبا ثم قال في الاسرار فان قيل المراد به أحق به عرضا عليه للبيع ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار اذا كان غائبا قلنا ان النبي صلى الله عليه وسلم جعله أحق على الإطلاق فيكون أحق بها قبل البيع وبعده وقوله ينتظر تفسير لبعض ما شمله كلمة أحق ولان ما روى عن عمرو بن الشريف عن أبيه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه سئل عن أرض بيعت ليس لاحد فيها شرك ولا نصيب فقال الجار أحق بشفيعته فهذا يبطل ذلك التأويل اه وقال بعض الفضلاء على قوله وان كان غائبا مقتضى كلمة ان الوصلية أنه اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى في كلامه بحث تأمله اه (أقول) المذكور في كثير من نسخ الهداية ان كان غائبا بدارن الواو والذي ذكر في حاشية ذلك القائل أيضا تلك النسخة فينشدا لا يظهر كون كلمة ان وصلية بل المتبادر ان تكون شرطية ويؤيده رواية الاسرار حيث وقع فيها اذا كان غائبا فعلى ذلك لا يتوهم أن يكون المعنى اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى وأما على الرواية بالواو وهي الاكثر وقوعا في الشروح فلا محذور فيها أيضا لان معنى قوله ينتظر له وان كان غائبا على ما بينوا أنه يكون على شفيعته وان غاب ولو شك أنه اذا كان على شفيعته حال غيبته فلا يكون على شفيعته حال حضوره أولى بالطريق وان ترك الانتظار على معناه الاصلي وهو التوقف في مهلة وكان المعنى ينتظر له الى أن يحج ويفرغ من شفيعته تحققت الاولوية أيضا فيما اذا لم يذكر غائبا لانه اذا وجب الانتظار له الى أن يحج ويفرغ من شفيعته مع بعد زمانه انتظار لان يجب الانتظار له الى فراغه من شفيعته عند حضوره أولى لحصول الانفصال بينهما في زمان قبل تامل نفهم قوله وقال الشافعي لاشفاعة بالجار لقوله عليه الصلاة والسلام الشفاعة فيما لم يقسم فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفاعة

قال

(قوله ألا يرى أنه فسر الحق بالانتظار) أقول يشترى أن قوله ينتظر له بجهة تفسيرية (قوله وان كان غائبا) أقول مهتمى كلمة ان الوصلية أنه اذا لم يكن غائبا ينتظر له بالطريق الاولى في كلامه بحث تأمله قال المصنف (يروى الجار أحق بشفيعته) أقول ينبغي أن يكون أحق صفة لاسم التفضيل اذ لا حق في الشفاعة لما دون الجار (قوله وانه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفاعة) أقول معطوف على قوله أن اللام للجنس الخ (قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم) أقول فان قيل كيف يكون حق الشريف في حق المبيع مقسوما قلنا هي اده حق كل منهما من المالك

وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع ولنا ما رويناه

لكن ورد الشرع به فيما لم يقسم فلا يلحق به غيره قياسا أصلا ولا دلالة اذا لم يكن في معناه من كل وجهه (وهذا) أي الجار يعني شفعة الجار ليس في معنى ما ورد به الشرع لان ثبوتها فيه لضرر ورة دفع مؤنة القسمة التي تلزمه وقوله (في الاصل) أي فيما لم يقسم ولا مؤنة عليه في الفرع وهو المقسوم وبينهم من جملة كلامه أن نزاعه ليس في الجار وحده بل فيه وفي الشريك في حق المبيع لانه مقسوم أيضا وفيما لم يحتمل القسمة كالبئر والحمام (ولنا ما رويناه) من الاحاديث من قوله عليه الصلاة والسلام بار ائذا حق بالدار رواء السرمذي وقال حديث حسن صحيح وقوله عليه الصلاة والسلام الجار أحق بسقبة رواء البخاري وأبو داود

(قوله وهذا أي الجار يعني شفعة الجار الخ) أقول الاولى أن يقال أي محمل النزاع

قال صاحب النهاية وجه الاستدلال أن اللام الجذر كقوله عليه الصلاة والسلام الأئمة من قرئش فتخصر الشفعة فيما لم يقسم يعني اذا كان قابلا للقسمة وأما اذا لم يكن فلا شفعة فيه عنده وأنه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة وفيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم فلا شفعة فيه الى هنا كلامه اه (أقول) في تقريره نوع خلل لان قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم يناقض أوله آخره فان معنى الشريك في حق المبيع من لم يكن حقه مقسوما بل كان حق المبيع مشاعا بينه وبين الآخر وقد حكم عليه بكون حقه مقسوما وذلك تناقض لا يخفى وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال فان قيل كيف يكون حق الشريك في حق المبيع مقسوما وما ذنا مراد حق كل منهما من الملك اه (أقول) خيئت تحت تقريره قوله فلا شفعة فيه على قوله والشريك في حق المبيع والجار حق كل منهما مقسوم اذ لا يلزم من كون حق كل منهما من الملك فقط مقسوما أن لا يثبت فيه شفعة على مقتضى دلالة قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فان دلالة على عدم الشفعة في المقسوم من جهتين معاً أي من جهة نفس الملك كما دل عليه قوله فاذا وقعت الحدود ومن جهة حق المبيع وهو الطريق كما دل عليه قوله وصرفت الطرق والاولى في تقرير المقام أن يقال وأنه قال فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة فيه دلالة ظاهرة على عدم الشفعة في المقسوم من جهة وقوع الحدود ومن جهة صرف الطرق والجار الملائق حقه مقسوم من تينك الجهتين معاً فلا شفعة فيه اذ على هذا التقرير يقع الاختلال بالكلية وينافي الشرح المشروح فان المصنف قال وقال الشافعي لا شفعة بالجار وذا كرا حديث المذکور دليل عليه ولم يترض لغير الجوار نعم طعن صاحب النهاية في تخصيصه بالجار بالذكر حيث قال ليس لتخصيص هذا زيادة فائدة لان الشافعي كما لا يقول بالشفعة بالجار فكذلك لا يقول بالشفعة بالنسبة كقوله في الحق وأيضا وكذلك لا يقول بالشفعة فيما لا يحتل القسمة كالبئر والنهر اه ولكن يمكن أن يقال وبه تخصيصه ذلك بالذكر عدم مساعدة دليل الشافعي لعدم ثبوت الشفعة الا في حق الجار تدبر (قوله وقد ورد الشرع به فيما لم يقسم وهذا ليس في معناه لان مؤنة القسمة تلزمه في الاصل دون الفرع) فسر صاحب معراج الدراية وصاحب العناية والشارح العيني المشار اليه بهذا في قول المصنف وهذا ليس في معناه بآية رحمت قالوا وهذا أي الجار وقال صاحب العناية وحده بعد أن قال أي الجار يعني شفعة الجار سكنت غير هؤلاء الشراح عن تفسير هذا هنا وفسرهم الشرع في قوله دون الفرع بالجار أيضا وفسر صاحب العناية بالمقسوم وتبعه العيني وأجمعوا على تفسير الاصل بما لم يقسم (أقول) الحق لو اذبح عند أن المراد بهذا الفرع كل ما هو المقسوم لا غير لانه لا حاصل لان يقال الجار ليس في معنى ما لم يقسم اذ لم يقل أحد من الجار في حكم ما لم يقسم وانما قلنا ان المقسوم في حكم ما لم يقسم بما اوجبه الاتصال بملك البائع والشفعة لان يقال الجار فرع لما لم يقسم لان الذي في حكم ما لم يقسم انما هو المقسوم لا الجار نفسه وهذا مما لا استربة فعمامة الشراح خرجوا في تفسير كل من الموضوعين عن سنن الصواب وأما صاحب العناية فقد أعاد في تفسير الفرع حيث قال فيه وهو المقسوم راء في تفسير هذا حديث قال فيه أي الجار الا انما لما في شائعة اننا نرى قال بعده يعني شفعة الجار لكنه ليس بتمام أيضا اذ لم يقل أحد أيضا بأن شفعة الجار في معنى نفسه ما لم يرد الأثر تدبر وأضاف آخر في قوله هذا أيضا تدبر راء في معنى شفعة أي شفعة ما لم يقسم لكن لا يخفى أنه

(ولأن ملك الشفيع متصل بملك الدخيل اتصالاً تأييداً وقراراً) وهو ظاهر لانه المفروض وقوله تأييداً احتراز عن المنقول والسكنى بالعارية وقوله وقراراً احتراز عن المشتري شرافاً فاسداً فإنه لا قرار له لوجوب النقض دفعا لفساد وكل ما هو كذلك فله حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهراً اعتباراً أى الحاقاً بالدلالة بمورد الشرع وهو ما لا يقسم ولا معنى لقوله وهذا ليس في معناه (لأن الاتصال على هذه الصفة) يعنى اتصال التأييد والقرار (انما انتصب سبباً في مورد الشرع لدفع ضرر الجوار اذا الجوار مادة المضار) (٤١٠) من ايقاد النار واثارة الغبار ومنع ضوء النهار واعلاء الجدار

ولأن ملكه متصل بملك الدخيل اتصالاً تأييداً وقراراً ثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتباراً بمورد الشرع وهذا لأن الاتصال على هذه الصفة انما انتصب سبباً في دفع ضرر الجوار اذ هو مادة المضار على ما عرف وقطع هذه المادة بملك الاصل أولى لأن الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آباته أقوى وضرر القسمة مشروع لا يصلح له التحقق ضرر غيره

تعمل بعد تحمل بلا ضرر وداعية الى شئ منها ما لحق ما قلته (قوله ولأن ملكه متصل بملك الدخيل اتصالاً تأييداً وقراراً) قال تاج الشريعة ذكر التأييد احترازاً عن المنقول والسكنى بالعارية وذكر القرار احترازاً عن المشتري شرافاً فاسداً فإنه لا قرار له اذ النقض واجب دفعا لفساد اهـ واقتضى أثره صاحب الغناية ورد بعض الفضلاء وقوله والسكنى بالعارية حيث قال ليس للمشتري ملك حتى يمتزجه اهـ (أقول) ان لم يكن له ملك من حيث الرقبة فله ملك من حيث المنفعة لأن الاعارة على المنافع بلا عوض على ما عرف في كتاب العارية فكان قوله لأن ملكه متصل بملك الدخيل متصلاً بالدار المسكونة بالعارية أيضاً فصل بقوله اتصالاً تأييداً احترازاً عن مثل ذلك (قوله فيثبت له حق الشفعة عند وجود المعاوضة بالمال اعتباراً بمورد الشرع) قال تاج الشريعة قوله عند وجود المعاوضة بالمال احترازاً عن الاجارة ودار الموهوبة والمجعولة فهنا اهـ وقال صاحب الغناية وهو احتراز عن الاجارة والمرهونة والمجعولة مهراً اهـ وتبعه الشارح العيني (أقول) فيه بحث لأن استأجر وان كان له ملك في الدار المستأجرة من حيث المنفعة لأن الاجارة تعطى المنافع بعوض فتحقق له فيها فروع ملك تكفي المستعير على ما مر آنفاً الآن كلامهما قد خرج بقوله اتصالاً تأييداً فيما قبل فسامعنى الاحتراز عن الاجارة مرة أخرى بقوله ههنا عند وجود المعاوضة بالمال وأما المرتبة فلا ملك له في الدار المرهونة لأن من حيث الرقبة ولا من حيث المنفعة فقد خرج بالملك المذكور من غير قطعاً مع قطع النظر عن قيد التأييد فلا معنى للاحتراز عن الدار المرهونة بالقيد المذكور ههنا أصلاً والحق أن هذا القيد للاحتراز عن مثل الدار المورثة والموهوبة والموسى بها والمجعولة مهراً فان في كل منها يتحقق الملك والتأييد والقرار لكن لا شفعة فيها لعدم تحقق المعاوضة المالية في شئ منها (قوله لأن الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آباته أقوى) قال بعض الفضلاء الدليل أخص من المدعى فان الشفيع لا يلزم أن يكون في خطة آباته بل قد يكون مالكاً بالشراء أو الهبة اهـ (أقول) المدعى المتصور من هذا الدليل أن الضرر في حقه بازعاجه عن خطته الأصلية المقررة أقوى فيعزم ما كان ملكاً له بالشراء أو الهبة لأنه غير عن أصله خطته وتقرر ما يضافها الى آتائه مبالغته في بيان أدائهم وتقرر ما يضافها الى ما هو الأكثر وقوعاً في المادة فأخصية الدليل المذكور بالنظر الى ظاهر اللفظ دون المعنى المقصود منه فلا محذور فيه (قوله وضرر القسمة مشروع لا يصلح له التحقيق ضرر غيره) هذا جواب عن قول الشافعي لأن مؤنة الضرر تلزمه في الأصل دون

للإطلاع على الصغار والكبار (وقطع هذه المادة بملك الاصل) يعنى الشفيع (أولى لأن الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آباته أقوى) فيلحق به دالة وحامه أن الاصل دافع والدخيل رافع والدفع أسهل من الرفع (قوله وضرر القسمة مشروع) جواب عن قوله لأن مؤنة القسمة تلزمه جعل العلة المؤثرة في استحقاق الشفعة عند البيع لزوم مؤنة القسمة فإنه لو لم يأخذ الشفيع المبيع بالشفعة طالبه المشتري بالشفعة فيلحقه بسببه مؤنة القسمة وذلك ضرر به فيمكنه الشرع من أخذ الشفعة دفعا للضرر عنه

(قوله وقوله تأييداً احترازاً عن المنقول) أقول ليس للمستعير ملك حتى يحتجز عنه ثم قوله السكنى أراد به المسكونة بها (قوله وهو احتراز عن الاجارة) أقول فيه أنه ليس للاستأجر والمرتهن

ملك في رقبة المستأجر والمرهون ولا معنى للاحتراز عنهما ثم لم يذكر فيهما اتصالاً تأييداً إلا أن يقال المراد به الاحتراز عن الاجارة ثم أقول واحترازاً بهذا القيد أيضاً عن المورثة والموهوبة والمرصى بها (قال الشافعي) لأن الضرر في حقه بازعاجه عن خطة آباته أقوى) أقول الدليل أخص من المدعى فان الشفيع لا يلزم أن يكون في خطة آباته بل قد يكون مالكاً بالشراء أو الهبة اهـ (قوله والحاصل أن الاصل دافع والدخيل رافع) أقول فيه أن الاصل ملك المشتري وهو دافع قال المصنف وروى القسمة مشروع الخ) أقول اذا اجل كلام المصنف على المنع والسند لا يبرر عليه شئ مما يتوهم ورود

وتقرر بالجواب أن مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره وهو التملك على المشتري من غير رضاه ولم يذ كر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه في حيز التعارض وقد أجاب بعضهم (١١٩) بأن قوله عليه الصلاة والسلام

الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشيء بالذ كر وهو لا يدل على نفي ما عداه وبأن قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام لانه صلى الله عليه وسلم علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضي أنه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا نخب الشفعة وانما نفي الشفعة في هذه الصورة لان موضع الاشكال لان في القسمة معنى المبادلة فربما يشك أنه هل يستحق بها الشفعة أولا فبين رسول الله صلى الله عليه وسلم عدم الشفعة فيها

( قوله لتحقيق ضرر غيره وهو التملك ) أقول قوله هو راجع الى الضرر ( قوله لانه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالامرين ) أقول الاصل في اللام اذا لم يكن ثمة معهود أن يحصل على الاستغراق كما بين في الأصول وقد سبق أن استدلاله على مطلوبه بهذا الطريق ( قوله وذلك يقتضي الى قوله

الفرع يعني أن التعليل بذلك غير صحيح لان مؤنة القسمة أمر مشروع لا يصلح علة لتحقيق ضرر غيره مشروع وهو علك مال الغير بدون رضاه كذا في الشروح قال صاحب العناية بعد بيان ذلك ولم يذ كر الجواب عن استدلاله بالحديث لانه في حيز التعارض اه ( أقول ) هذا عذر بارد بل كاسد لان كون الحديث الذي استدل به الخادم في حيز التعارض بالحديث الذي رويناه لا يسوغ الاستغناء عن ذكر الجواب فان حكم التعارض هو التساقط ان لم يظهر الرجحان في أحد الجانبين ولم يتيسر المخلص الجامع بينهما عند الطلب كما عرف في علم أصول الفقه وعلى تقدير التساقط ههنا يلزم أن لا يثبت مدعانا كما لا يثبت مدعاه وذلك بحمل عطلوينا ههنا لا محالة فلا بد من الجواب اما بيان الرجحان فمما رويناه أو بيان المخلص على وفق قاعده الأصول اللهم الا أن يقال يكفينا دليلنا العقلي عند تحقيق حكم التعارض بين الاحاديث لكن فيه ما فيه وقال صاحب العناية وقد أجاب بعضهم بأن قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم من باب تخصيص الشيء بالذ كر وهو لا يدل على نفي ما عداه وبأن قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق مشترك الالزام لانه عليه الصلاة والسلام علق عدم الشفعة بالامرين وذلك يقتضي أنه اذا وقعت الحدود ولم تصرف الطرق بأن كان الطريق واحدا نخب الشفعة اه ( أقول ) في كل من هذين الجوابين نظر اما في الاول وهو الذي ذكر في الكافي وعامة الشروح فلان مدار استدلال الشافعي بقوله عليه الصلاة والسلام الشفعة فيما لم يقسم ليس على مجرد تخصيص كون الشفعة فيما لم يقسم بالذ كر حتى يتم الجواب عنه بأن تخصيص الشيء بالذ كر لا يدل على نفي ما عداه بل مدار استدلاله بذلك على أن اللام في الشفعة للجنس لعدم المعهود فيقتضي قصر الشفعة على ما لم يقسم كافي قوله عليه الصلاة والسلام الاثمة من قريب وقد صرحوا به في أثناء تقرير وجه استدلاله بذلك ولا ريب أن أداة القصر تدل على نفي ما عدا المذ كورة الاولى في الجواب عنه ما ذكرناه من الشريعة وهو أن الالف واللام كما تدخلان في الاسم للاستغراق تدخلان فيه للبالغة كما يقال العالم في البلد فلان وان كان فيه علماء واذا كان كذلك يكون المراد بما في ذلك الحديث أقوى الأسباب ونحن نقول ان حق الشفعة فيما لم يقسم أقوى ولهذا قدمناه على غيره اه وأما في الثاني فلان حصول الالزام للشافعي بقوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق على الوجه المذ كور في الجواب المزبور ممنوع فان الشافعي وان قال بمفهوم المخالفة الا أن له شرائط تنسده منها أن لا يخرج الكلام مخرج العادة كافي قوله تعالى وربائبكم اللاتي في حجوركم على ما عرفت في الأصول فله أن يقول فيما نحن فيه ان قوله وصرفت الطرق خرج مخرج العادة بكون صرف الطرق عند القسمة غالب الوقوع فلا يدل على أنه اذا كان الطريق واحدا نخب الشفعة ولئن سلم حصول الالزام له بذلك فلا ينبغي أن يقال انه مشترك الالزام لان فيه اعترافا بكونه لمزما باننا أيضا لو كنا ملزمين بذلك في هذه المسئلة فما الفائدة لنا في كون الشافعي أيضا ملزما به وتلك المقدمة انما يصار اليها في العلوم العقلية عند الضرورة وعلى هذا لم يقع التعبير بأنه مشترك الالزام في غير كلام صاحب العناية فالاول في الجواب عن آخر ذلك الحديث وهو قوله فاذا وقعت الحدود وصرفت الطرق لا شفعة ما أشبهنا به في الكافي ذكر في كثير من الشروح من أنه لم يثبت كون ذلك من نفس الحديث بل يجوز أن يكون من كلام الرازي فلا يكره فيجب أن نعلم في عدم صحاق الشفعة للجار مع صاحب من الاحاديث الدالة على ثبوت الشفعة لجار ونثبت كونه من نفس الحديث فالمراد

نخب الشفعة ) أقول لا اعتبار لفهوم الشرط عندنا وعند الشافعية لاعتباره شرائط واجتماعها نوعا وهذا لعل ذلك كصرف الطريق لكونه موجودا غالبا عند القسمة فهو خارج مخرج العادة فليتامل ( قوله وانما نفي الشفعة في هذه الصورة ) أقول أي في صورة القسمة

وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الباطل ولا اتصال بالشركة في المبيع أقوى لأنه في كل جزء وبعده الاتصال في الحقوق لأنه شركة في مرافق المال لا ترجيح بحقه بقوة السبب ولأن ذكر القسمة أن لم يصلح على صلح مرجحاً قال (وليس الشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة) لما ذكرنا أنه مقدم

في الشفعة الثابتة بسبب الشركة على ما روينا أي جمع بين ذلك الحديث وبين ما روينا أنه معناه فلا شفعة بسبب القسمة الخامسة لتوقع الحدود ودور طرق وانما قال هذا لأن القسمة لما كان فيها معنى المبادلة كانت موضع أن يتوهم استحقاق الشفعة بها كالمبيع فبين النبي صلى الله عليه وسلم عدم ثبوت الشفعة بهما إزالة لذلك الوهم وأورد علينا من قبل الشافعي أنه عليه الصلاة والسلام قال في رواية أنما الشفعة فيما لم يقسم وانما لا ثبت المذكور ونفي ما عداه وأجيب عنه بعبارة مختلفة قال في الكافي والكنزية وانما لا تقتضي تأكيده المذكور لأن في غير المذكور قال الله تعالى انما أنت منذر اه وقال في النهاية وكلمة انما لا تقتضي ولا ثبت بطريق الكمال كما يقال انما العالم في البلد زيد أي الكامل فيه والمشهور به زيد ولم يرد به نفي العلم عن غيره وهما كذلك قال الشريك الذي لم يقاسم هو الشريك في القسمة وهو كامل في سبب استحقاق الشفعة حتى لا يترجحه غيره فكان محمولا على اثبات المذكور بطريق الكمال دور نفي غيره اه وقال في البدائع أما الحديث فليس في صدره نفي الشفعة عن المقسوم لأن كلمة انما لا تقتضي نفي غير المذكور قال الله تعالى انما أنا بشير مثلكم وهذا لا ينبغي أن يكون غيره صلى الله عليه وسلم بشر مثلكم اه (أقول) فيما ذكر في البدائع خلل بين اذ قد قرر في علم الادب أنه يؤخر المقصور عليه في انما ولا يجوز تقديمه على غيره فالمقصود في قوله تعالى انما أنا بشير مثلكم مدلول أن المقصور عليه هو البشرية ولا شك أن المراد بالمذكور في قولهم انما لا ثبت المذكور ونفي غير المذكور هو المقصور عليه اذ ثبت ذلك ونفي غيره يحصل معنى القصص عليه كما لا يخفى فقلوه وهذا لا ينبغي أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشر مثلكم لا يدل على أن تقتضي كلمة انما نفي غير المذكور الذي هو المقصور عليه لأن المقصور عليه في قوله تعالى انما أنا بشير مثلكم انما هو البشرية لا غيره عليه الصلاة والسلام والحاصل أن كلمة انما في الآية المذكورة لقصص المذكور عليه على المسند دون العكس لا محالة وقوله وهذا لا ينبغي أن يكون غيره عليه الصلاة والسلام بشر مثلكم يتنبي على أن يكون المراد هو العكس فليس بصحيح قطعاً (قوله وأما الترتيب فلقوله عليه الصلاة والسلام الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الباطل ولا اتصال بالشركة في المبيع نفس المبيع والخليط بين كان شريكاً في حقوق المبيع وهما في اللغة سواء اه واقتنى أثره الشارح العيني (أقول) ان كان مرادهما وأخذنا المصنف بتفسيره المزبور كما هو المتبادر من ظاهر افظهما فالجواب عن فأنه لما وقع في الحديث الشريك أحق من الخليط علم أن المراد بالشريك هناك غير الخليط لأنه لا معنى ليكون شيئاً حق من نفسه فلا بد أن يحمل أحدهما على نوع مما أدنى عليه في اللغة الآخر على نوع آخر منه ثم لما كانت حزية الشركة في نفس المبيع على الشريك لا يقرر المبيع أظهر وأجلى فسر المفضل بالاول والمفضل عليه ثانياً في رواية لا يخفى نفي ما عداه (قوله قال ليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة) أقول لا يري له قوله في الآية دسرى الايضاح والتأكيده بعد أن قال قبيله الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ثم الجار فان ذلك كما أفاد ثبوت حق الشفعة لكل واحد من هؤلاء أفاد الترتيب أيضاً

(والدليل على الثاني) أعني على الترتيب (قوله صلى الله عليه وسلم الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من الشفيع) قال المصنف رحمه الله (فالشريك في نفس المبيع والخليط في حقوق المبيع والشفيع هو الجار) ودلالته على الترتيب غير خافية وهو حجة على الشافعي رحمه الله (ولأن الاتصال دليل عقلي على الترتيب وهو ظاهر وكذا قوله) (ولأن ضرر القسمة) يعني قد ذكرنا أن دفع ضرر مؤنة القسمة لم يصلح على الاستحقاق لكنه أن لم يصلح على الاستحقاق صلح مرجحاً لأن الشرع ترجح أبداً انما يقع بما لا يكون علة للاستحقاق قال (وليس للشريك في الطريق والشرب والجار شفعة مع الخليط في الرقبة) اذ ثبت الترتيب ثبت أن المتأخر ليس له حق الا اذا سلم المتقدم في ظاهر الرواية



فان سلم فلما تأخر أن يأخذ بالشفعة لان السبب قد تقرر في حق الكل الا أن للشريك حق التقدم لكن من شرط ذلك أن يكون الجار طاب الشفعة مع الشريك اذا علم بالبيع لم يكن له الاخذ اذا سلم الشريك فان لم يطلب حتى سلم الشريك فلا حقه بعد ذلك وأبو يوسف رجه في غير ظاهر الرواية جعل المتقدم حاجبا فلا فرق اذ ذلك بين الاخذ والتسليم والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار مثله أن يكون في دار كبيرة بيوت في بيت منها شركة فالثقة للشريك دون الجار وكذا هو مقدم على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف رحمه الله لان اتصاله أقوى لان المنزل من حقوق الدار وما افقه وله ما يدخل في بيع الدار متى ذكر مع كل حق وله ان البعثة واحدة وادامه وضع الذي ( ٤١٣ ) هو مشترك بين البائع والشفيع وذلك

في حكم شيء واحد فاذا صار أحق بالبيع كان أحق بالجمع والرواية الأخرى أنه والجار سواء في بقية الدار ثم لا بد أن يكون الطريق والشرب خاصا حتى يستحق به الشفعة وفسر الخاص بما اختاره من بين التفسير المذكورة له والعراخ من الارض كل قطعة على حيالها ليس فيها شجرة ولا شائبة شجر

قال ( فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار ) لما بيننا من الترتيب والمراد به هذا الجار الملاصق وهو الذي عني ظهر الدار المشفوعة وبابه في سكة أخرى وعن أبي يوسف أن مع وجود الشريك في الرقبة لا شفعة لا غير سلم أو اسلمت في لانهم محجوبون به ووجه الظاهر أن السبب تقرر في حق الكل الا أن للشريك حق التقدم فاذا سلم كان لمن يلمسه بمنزلة دين الصحة مع دين المرض والشريك في المبيع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار أو جدار معين منها وهو مقدم على الجار في المنزل وكذا على الجار في بقية الدار في أصح الروايتين عن أبي يوسف لان اتصاله أقوى والبقعة واحدة ثم لا بد أن يكون الطريق أو الشرب خاصا حتى تستحق الشفعة بالشركة فيه فالطريق الخاص أن لا يكون نافذا في الرب الخاص أن يكون نهر لا تجري فيه السفن وما تجري فيه فهو عام وهذا عند أبي حنيفة ومحمد وعن أبي يوسف أن الخاص أن يكون نهر لا يسقي منه ترعان أو ثلاثة وما زاد على ذلك فهو عام

كما مر به صاحب الهداية كيف لا وكلية ثم صرح في إفادة التأخير وليس لنا آخر في الاستحقاق حتى عند وجود المتقدم فيه بلاربي ( قوله فان سلم فالشفعة للشريك في الطريق فان سلم اخذها الجار لما بيننا من الترتيب ) أقول لتعليل هذه المسئلة بقوله لما بيننا من الترتيب غير تام لان ما بيننا من الترتيب لا يقتضي أن يستحق المتأخر عند وجود المتقدم وتساويه لجواز أن يكون المتأخر شجرة بالمتقدم كما في الميراث على ما قال به أبو يوسف في غير ظاهر الرواية اذ حينئذ لا يستحق المتأخر شيئا عند وجود المتقدم سلم أو استوفى مع بقاء الترتيب على حاله باتفاق الروايات وانما يكون التعليل المذكور تاما لو كانت المسئلة حكما فان لم يوجد انما يط في الرقبة فالشفعة للشريك في الطريق أو الشرب فان لم يوجد هذا أيضا اخذها ا لان الترتيب يقتضي هذا المذهب لا محالة فالمناسب أن يترتب التعليل المذكور ههنا ويكتفي بما ساقى من قوله ووجه الظاهر أن السبب تقرر في حق الكل الخ ( قوله والشريك في المبيع مع قد يكون في بعض منها كما في منزل معين من الدار ) قال في العناية أخذا من النهاية مثل أن يكون في دار كبيرة بيوت وفي بيت منها شركة فالشفعة للشريك دون الجار اه ( أقول ) في هذا التمثيل قصور لان المنزل عند انقضاءه دون الدار وفوق البيت وأقله بيتان أو ثلاثة نص عليه في المغرب وعلم ذلك فيما مر في باب الحقوق من كتاب البيوع فتمثيل الشركة في المنزل بشركة في بيت يخالف اصطلاح هذا الفن ولا ضرورة تدعو اليه في كلام المصنف فلا وجه لارتكابه ( قوله والبقعة واحدة ) يعني بقعة الدار المبيعة واحدة اذا صار الشفيع آخر بعضها كمنزل معين منها أو جدار معين منها صار أحق بجميعها قال

قال المصنف ( ووجه الظاهر أن لسبب قد تقرر في حق الكل الخ ) أقول والفرق بين الميراث وما نحن فيه حيث لا يرث الاخ لأب مثلا اذا أسقط الاخ لأب وأم حقه مع تقرر السبب في حق الكل وهو الاخوة أن الميراث ملك اضطراري لا يسقط بامسقاط العبد بخلاف حال الشفعة وبالجمله أنا لان سلم أنهم محجوبون به بل له حق التقدم فقط

فتأمل ( قرا في سندها شركة ) أقول نرى بين البيوت والمنزل على ما مر في باب الحقوق من كتاب البيع ويجوز أن يقال المراد البيت مع ما بعده ( قوله راد الموضع الذي هو مشترك بين البائع والشفيع ) أقول الاولى أن يقول الموضع الذي بعضه مشترك بينهما ولذا آخر كلامه يخالف ظاهر الرواية ( قوله فاذا صار أحق بالبيع كان أحق بالجمع ) أقول هذا يشمل الشركة في حقوق الدار كالطريق مثلا كأن كان في بيت من الدار شركة لرجل وباب هذا البيت الى الطريق العام وفي جانب آخر من الدار طريق خاص فيها شركة لرجل آخر فاذا بيعت الدار فالذي له شركة في البيت مقدم على من له شركة في الطريق مع أن هذا لا يليل ينتظمهما ولا هو فيه سهل كالأجنبي اذ المفصود هذا الفرق بين الشريك والجار وهو حاصل بهذا الدليل





(قوله والوجه فيه) أي في هذا التأويل (٦ ٤) (أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار) ورغبته عنه أمر خفي لا يطلع عليه

وله دليل ظاهر وهو البيع  
فتمام مقامه والحاصل أن  
الاتصال بالملك سبب والرغبة  
عن الملك شرط والبيع دليل  
على ذلك فأنتم مقامه بدليل  
أن البيع إذا ثبت في حق  
الشفيع باقرار البائع به صحت  
أن يأخذها وإن كذب المشتري  
وفوقض بما إذا باع بشرط  
الخيار له أو وهب وسلم فإن  
الرغبة عنه قد عرفت وليس  
لشفيع الشفعة واجب  
بأن في ذلك تردد البقاء الخيار  
للبيع بخلاف الخيار فإنه  
يخبر به عن انقطاع ملكه عنه  
بالكفاية فعمول به كإعماله  
والهبة لا تدل على ذلك إذ  
غرض الواهب المكافأة  
ولهذا كان الرجوع  
فلا ينقطع عنه حقه بالكفاية  
قال (وتستقر بالاشهاد)  
للشفعة أحوال استحقات  
وهو بالاتصال بالملك بشرط  
البيع كاتقدم واستقرار  
وهو بالاشهاد وهو يعتمد  
الطلب ولا بد من طلب الموأبة  
أي من طلب الشفعة على  
المسارعة قضى في الطلب  
إلى الموأبة لتلبيه بها  
أي الشفعة ذكر الضمير نظرا  
إلى حق يبطل بالأعراض  
قال عليه الصلاة والسلام  
الشفعة لكل العقال إن  
قيدها ثبت وهو كناية عن  
سرعة السقوط وكل ما هو  
كذلك لا بد من دليل يدل  
على أنه أعرض عنه أو دام عليه

أن يقول امتناع بحقق المشروط قبل تحقق الشرط ضروري سواء كانا مشروطا هو لما إذا رآه الوجوب  
فإذا كان عدم تحقق شرطه من زمانها من اتصال السبب بالحل كما قالوا الزم أن يكون عدم تحقق  
شرط الوجوب أيضا معا عار ذلك ولزم أن لا يكون الواجب متأديا بأداء الركة قبل الحل لعدم تحقق  
شرط الوجوب قبله وكذا الحال في إسقاط الدين المؤجل قبل حلوله لا يسل مع أن المصريح به في  
موضعه خلاف ذلك ثم أقول يمكن أن يجاب بأن المراد بالوجوب في قوله أن ذلك شرط الوجوب هو  
وجوب الاداء ونفس الوجوب فإن نفس وجوب الزكاة يتحقق بملك النصاب السامح وحولان الحلول  
انما هو شرط وجوب أدائها كما صرحوا به في كتاب الزكاة وكذا حلول الأجل في اليوم المؤجل له انما هو  
شرط وجوب أدائها لا شرط نفي وجوبها واللازم أن لا يتحقق وجوب الأداء قبل الحل وقبل حلول  
الأجل ولا يلزم منه أن لا يكون الواجب بنفس الوجوب متأديا بأداء الزكاة قبل حلوله وبأداء  
الدين قبل حلول الأجل والمصريح به في موضعه انما هو تأدي الواجب منه من الوجوب لا غير قوله والوجه  
فيه أن لشفعة انما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار لبيع يعرفها) يعرفه رغبة البائع عن ملك  
الدار وفهم صاحب العباية ضمير فيه في قوله ولو وجه فيه من التأويل أن رغبته عنه أي في هذا  
التأويل وتبعه العيني (أقول) لا يذهب على ذي طرفة بسلامة أنه لا بد من التأويل الذي ذكره المصنف  
بقوله ومعناه بعده لأنه هو السند في حريان هذا الوجه ما ذهبوا به من أنه على ما يراى يكون معنى كلام  
القصد ورى أن البيع هو السبب كما لا يخفى على الفطن فيه من حاجة إلى بقاءه ولو لم يكن ذلك التأويل  
بإرجاع ضمير فيه إليه بل لا بد من عدم التحقيق لارائه من تأويله المذكي كبر قوله لا سببا  
الاتصال على ما بيناهم في معنى أن يكون قوله والوجه فيه تعذيرا له بعد ذلك فالحق في قوله وليوجه فيه  
التمتعصل بأول الكلام وهو قوله والشفعة تجب عنه ببيع ومن ثمة قال المصنف ما إذا كان في براءة  
المسئلة عتقة يحلها ثم بد كر دليل المسئلة وههنا يصح بل ذلك (قوله) وهذا يكتفي بثبوت البيع في  
حقه حتى يأخذها الشفيع إذا أقرب إليه بالبيع وإن كان يشتري يكذب) أقول فيه تأمل اسفد  
تقرر فيما مر أن علة ثبوت حق الشفعة منه ناء هي دفع ضرر الخيل ثم الأسيل بسوء المعاملة  
والمعاينة والتأمر أن ذلك الضرر انما يقع عن ثبوت البيع في حق المشتري لانه هو الذي خيل في  
ثبوته في حق البائع مع تكذيبه المشتري لا به في أدب كاشف في حق من يتحقق ضرر الخيل  
عند عدم ثبوت البيع في حق المالك ثم حتى ردت حرة الشفعة ادعى ذلك الضرر ثم كثر إلى العباية  
وفوقض عما إذا باع بشرط الخيار له وهو وسلم فإن الرغبة عنه قد عرفت وإليه للشفيع اشفعة  
واجب بان في ذلك تردد البقاء الخيار للبايع بحسب الإلابة بخبر به عن انقطاع ملكه عنه  
بالكفاية فعمول به كإعماله والهبة لا تدل على ذلك إذ غرض الواهب المكافأة ولذا كان الرجوع  
ولا ينقطع عنه حقه بالكفاية انتهى (أقول في الجواب) النقض بصورة أهمية ثبت أنه كان مارة  
ذلك على مجرد كون عرض الواهب سكاؤه لا بد من تسليم أصالة كونه غرضه سكاؤه في رغبته  
كذلك لا بد من دليل يدل

على أنه أعرض عنه أو دام عليه

(قوله إذ غرض الواهب المكافأة) أقول فيه شيء فانه لا يتشبه ذلك في الهبة لأن ريبا ثم وفي أخذ الراتب الواسع

ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد قال (وتلك بالاخذ اذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم) لان الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل الى الشفيع الا بالتراضي أو قضاء القاضي كافي الرجوع والهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين وباع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار يجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم الخصم لا تورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفيعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك ثم قوله يجب بعقد البيع بيان أنه لا يجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما بينه ان شاء الله تعالى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

عن ملكه ألا يرى أن غرض البائع أيضا المكافأة بالثمن مع أنه لا ينافي في رغبته عن المبيع بل يدل عليها كذا كروا وان كان مداره على صحة الرجوع للواهب وعدم انقطاع حقه عن الموهوب بالكلية لا يدفع النقص بالهبة التي لا يصح الرجوع فيها كما اذا وهب لقرية المحرم اوز وجته وأخذ العوض عنها بغير شرط في العقد ان غير ذلك مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع فان في هذه الصور لا يصح رجوع الواهب ويقطع حقه عن الموهوب بالكلية كانه قطع حق البائع عن المبيع مع أنه لا شفيعه فيها فبقي النقص بها (قوله ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد) أقول فيه شيء وهو ان احتياجه الى اثبات طلبه عند القاضي انما هو اذا أنكر المشتري طلبه وأما اذا لم ينكره فلا احتياج الى ذلك فعلى مقتضى هذا التعليل ينبغي ان لا تبطل الشفعة بترك الاشهاد فيما ذالم ينكر الخصم طلبه مع أن الظاهر من كلماتهم بطلانها بترك ذلك مطلقا فان قلت وقت الاشهاد مقدم على وقت الخصومة ففي وقت الاشهاد انكار الخصم طلبه وعدم انكاره اياه غير معلوم فاذا ترك الاشهاد في ذلك الوقت لم يعلم رغبته فيه بل يحتمل اعراضه عنه فلهذا تبطل الشفعة بترك الاشهاد مطلقا فذات هذا مشير الى التعليل الاول ولا كلام فيه وانما الكلام في أن التعليل الثاني هل يصلح أن يكون دليلا مستقلا ههنا كما يقتضيه قول المصنف ولانه يحتاج اليه الى آخره (قوله وتلك بالاخذ اذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم) أقول في عبارة الكتاب ههنا قصور من وجهين أحدهما أن قوله أو حكم بها الحاكم عطف على سلمها المشتري وقد وقع المعطوف عليه في حيز لا خذ فكان الاخذ معتبرا في التسليم فلم أب يكون معتبرا في حكم الحاكم أيضا على مقتضى العطف اذ قد تقرر في علم الادب أن المعطوف في حكم المعطوف عليه في كل أمر يجب للمعطوف عليه بالنظر الى ما قبله مع أن الملك يثبت للشفيع بحكم الحاكم قبل أخذه الدار على ما نصوا عليه حيث قال في الكافي بعد قوله أو حكم بها الحاكم يثبت الملك بحكمه وان لم يأخذ الدار وقال في شرح السكتلزي بلعي أي بتلك الدار المشفوعة بأحد أمرين اما بالاخذ اذا سلمها المشتري برضاه أو بحكم الحاكم من غير أخذ وقال صدر الشريعة في شرح قول صاحب الوقاية وتلك بالاخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي قوله بقضاء القاضي عطف على الاخذ لا على التراضي لان القاضي اذا حكم بثبت الملك للشفيع قبل أخذه انتهى وكان صاحب العناية غافل عن ذلك حيث قال وهو أي لتلك انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري أو بقضاء القاضي فانه صريح في اعتبار الاخذ في قضاء القاضي أيضا وثانيه ما أن تسليم الدار المشفوعة ليس بوظيفة المشتري دائما فان المصنف صرح فيما مر آنفا بأنه يكتب في ثبوت البيع في حق البائع حتى يأخذها الشفيع اذا أقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه ففي هذه الصورة انما يسلمها البائع دون المشتري فكان الاحق بالمقام أن يقال اذا سلمها الخصم بدل قوله اذا سلمها المشتري ليشمل تسليم المشتري وتسليم البائع كما قال المصنف فيما سبق قبل حكم الحاكم أو تسليم الخصم تبصر

ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد وتلك بالاخذ اذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم أو بقضاء القاضي كافي الرجوع والهبة وتظهر فائدة هذا فيما اذا مات الشفيع بعد الطلبين وباع داره المستحق بها الشفعة أو بيعت دار يجنب الدار المشفوعة قبل حكم الحاكم أو تسليم الخصم لا تورث عنه في الصورة الاولى وتبطل شفيعته في الثانية ولا يستحقها في الثالثة لانعدام الملك ثم قوله يجب بعقد البيع بيان أنه لا يجب الا عند معاوضة المال بالمال على ما بينه ان شاء الله تعالى والله سبحانه وتعالى أعلم بالصواب

عن ملكه ألا يرى أن غرض البائع أيضا المكافأة بالثمن مع أنه لا ينافي في رغبته عن المبيع بل يدل عليها كذا كروا وان كان مداره على صحة الرجوع للواهب وعدم انقطاع حقه عن الموهوب بالكلية لا يدفع النقص بالهبة التي لا يصح الرجوع فيها كما اذا وهب لقرية المحرم اوز وجته وأخذ العوض عنها بغير شرط في العقد ان غير ذلك مما يتحقق فيه المانع عن الرجوع فان في هذه الصور لا يصح رجوع الواهب ويقطع حقه عن الموهوب بالكلية كانه قطع حق البائع عن المبيع مع أنه لا شفيعه فيها فبقي النقص بها (قوله ولانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد) أقول فيه شيء وهو ان احتياجه الى اثبات طلبه عند القاضي انما هو اذا أنكر المشتري طلبه وأما اذا لم ينكره فلا احتياج الى ذلك فعلى مقتضى هذا التعليل ينبغي ان لا تبطل الشفعة بترك الاشهاد فيما ذالم ينكر الخصم طلبه مع أن الظاهر من كلماتهم بطلانها بترك ذلك مطلقا فان قلت وقت الاشهاد مقدم على وقت الخصومة ففي وقت الاشهاد انكار الخصم طلبه وعدم انكاره اياه غير معلوم فاذا ترك الاشهاد في ذلك الوقت لم يعلم رغبته فيه بل يحتمل اعراضه عنه فلهذا تبطل الشفعة بترك الاشهاد مطلقا فذات هذا مشير الى التعليل الاول ولا كلام فيه وانما الكلام في أن التعليل الثاني هل يصلح أن يكون دليلا مستقلا ههنا كما يقتضيه قول المصنف ولانه يحتاج اليه الى آخره (قوله وتلك بالاخذ اذا سلمها المشتري أو حكم بها الحاكم) أقول في عبارة الكتاب ههنا قصور من وجهين أحدهما أن قوله أو حكم بها الحاكم عطف على سلمها المشتري وقد وقع المعطوف عليه في حيز لا خذ فكان الاخذ معتبرا في التسليم فلم أب يكون معتبرا في حكم الحاكم أيضا على مقتضى العطف اذ قد تقرر في علم الادب أن المعطوف في حكم المعطوف عليه في كل أمر يجب للمعطوف عليه بالنظر الى ما قبله مع أن الملك يثبت للشفيع بحكم الحاكم قبل أخذه الدار على ما نصوا عليه حيث قال في الكافي بعد قوله أو حكم بها الحاكم يثبت الملك بحكمه وان لم يأخذ الدار وقال في شرح السكتلزي بلعي أي بتلك الدار المشفوعة بأحد أمرين اما بالاخذ اذا سلمها المشتري برضاه أو بحكم الحاكم من غير أخذ وقال صدر الشريعة في شرح قول صاحب الوقاية وتلك بالاخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي قوله بقضاء القاضي عطف على الاخذ لا على التراضي لان القاضي اذا حكم بثبت الملك للشفيع قبل أخذه انتهى وكان صاحب العناية غافل عن ذلك حيث قال وهو أي لتلك انما يكون بالاخذ اما بتسليم المشتري أو بقضاء القاضي فانه صريح في اعتبار الاخذ في قضاء القاضي أيضا وثانيه ما أن تسليم الدار المشفوعة ليس بوظيفة المشتري دائما فان المصنف صرح فيما مر آنفا بأنه يكتب في ثبوت البيع في حق البائع حتى يأخذها الشفيع اذا أقر البائع بالبيع وان كان المشتري يكذبه ففي هذه الصورة انما يسلمها البائع دون المشتري فكان الاحق بالمقام أن يقال اذا سلمها الخصم بدل قوله اذا سلمها المشتري ليشمل تسليم المشتري وتسليم البائع كما قال المصنف فيما سبق قبل حكم الحاكم أو تسليم الخصم تبصر

والله أعلم



باب طلب الشفعة والخصومة فيها

لمالم تثبت الشفعة بدون الطلب (٤١٨) شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه قال (واذا علم الشفيع بالبيع) كلامه ظاهر

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

قال (وإذا علم الشفيع، البيع أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) أعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب المراتبة ١، وأن يابها كما علم حتى لو بلغ الشفيع البيع ولم يطلب، شفعة بطات الشفعة لما ذكرنا ولقوله عاير له، ملازم السلام الشفعة لمن واثبها أو أخبر بكتابه، والشفعة في أوله أو في وسيله، فعلم الكتاب إلى آخره بطلت شفيعته وعي هذا عامة لمشايج وهو رواية عن محمد، ودعنه أن له مجلس العلم والروايات في التوارد وبالثنائية أخذ الكرخي، لأن لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في الخيرة ولو قال بعدم بلغة البيع الحمد لله أولاً حول ولا قوة إلا بالله أو قال سبحانه الله لا تبطل شفيعته لأن الأول جسد إلى الخلاص من حوارته والثاني فحجب منه لقصدا ضراره والثالث لافتتاح كلامه فلا يدل شيء منه على الاعراض وكذا إذا قال من ابتاعها بكم بيعت لانه يرغب فيها بئس دون ثمن ويرغب عن مجاورة بعض دون بعض والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواتبة والشهاد فيه ليس باللازم انما هو لثبتي التجاحد والتقييد بالمجلس إشارة إلى ما اختاره الكرخي ويصح الطلب

باب طلب الشفعة والخصومة فيها

لمالم تثبت الشفعة بدون الطلب شرع في بيانه وكيفيته وتقسيمه كذا في عامة الشروح (أقول) هذا بيان من الشراح لوجه ذلك الشرط الأول من شطري عنوان الباب وهو طلب الشفعة ولم يتعرض أحد منهم لوجه ذلك الشرط الثاني منه، وهو قوله والخصومة فيها ولعل وجهه أنه لما كان للخصومة من الشفعة شأن مخصوص وتفاصيل زائدة على سائر الخصومات كما ستظهر شرع في بيانها أيضاً، قاله (قوله أعلم أن الطلب على ثلاثة أوجه طلب المواتبة وهو أن يطلبها كما علم حتى لو بلغه البيع ولم يطلب بطات شفيعته لما ذكرنا) قال الشراح قوله لما ذكرنا إشارة إلى قوله قبل الباب لانه حتى ضيف، ظل لا اعراض فلا بد من الأشهاد والطلب ليعلم بذلك رغبته فيه دون اعراضه عنه (أقول) فلما قل أن يقول ما ذكره هناك كما يدل على لزوم طلب المواتبة يدل أيضاً على لزوم الأشهاد فيه حيث قال فلا بد من الأشهاد والطلب وسيأتي التصريح منه بأن الأشهاد فيه ليس باللازم انما هو لثبتي التجاحد والحوار أن المراد بالأشهاد ما ذكره هناك هو الذي في طلب التقرير بدون طلب المواتبة يرد له فيه تقديراً للأشهاد على الطلب في قوله فلا بد من الأشهاد والطلب اذ لو كان المراد بالأشهاد ذلك هو الأشهاد طلب المواتبة لكان ذلك الطلب بعده لغوا لا تصورا للأشهاد على طلب المواتبة بدون تحقق نفس ذلك الطلب ويدل عليه قوله قبيح لثبات ذلك ونستقر بالأشهاد إذا الشفعة لا تستقر إلا بعد طلب المقرير والأشهاد على مقتضى ما سألت في الكتاب فلا تنافي بين كلامي المصنف (قوله ولقوله عليه أصالة السلام الشفعة من واثبها) أقول في وجه الاعتدال بهذا الحديث نوع اشكال انتهى كان، انه على نفي الشفعة عن لم يواثبها بطريق مفهوم المخالفة فنحن لانقول بمفهوم المخالفة فكيف يكون جبرتنا وان كان، مداره على أن لا مال بالنفس في الشفعة ولا مالا الاختصاص في لمن واثبها فلا بد من إلى اختصاص الشفعة بمن واثبها كما قالوا في الحديث ان لا مال بالنفس والاختصاص دلنا على اختصاص الحمد لله تعالى فبردت لمينا التخصيص بقوله صلى الله عليه وسلم الشفعة أشرك لم يقاسم كاذ كرفي هذا الكتاب اذ يلزم حينئذ أن يدل ذلك أيضاً على نفي الشفعة عن ليس بشريك لم يقاسم مع أن الشفعة ثابتة عندنا لغير الشرية أيضاً كالجوار الملاصق فتأمل (قوله والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب المواتبة والأشهاد فيه ليس باللازم انما هو لثبتي التجاحد) قال صاحب النهاية وذلك

لا يحتاج إلى بيان سوى ألفاظ تنبه عليها (طلب المواتبة) سمى بها تبركاً بلفظ الحديث الشفعة من واثبها أي طلبها على وجه السرعة والمبادرة (قوله وهو أن يطلبها كما علم) أي من غير توقف سواء كان عنده ما سأل أو لم يكن وقوله (لما ذكرنا) إشارة إلى قوله قبل الباب لانه حتى ضعيف وقوله (والأشهاد فيه ليس باللازم انما هو لثبتي التجاحد) يعني برعاي مجددنا لخصم فيحتاج إلى الشهود وتحقيقه أن طلب المواتبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والأشهاد في ذلك ليس بشرط

باب طلب الشفعة

قال المصنف (لأنه لما ثبت له خيار التملك لا بد له من زمان التأمل كما في الخيرة) أقول بتحقيقه أن الشرع أوجب له حق التملك ببدل ولو أوجب البائع له ذلك بإيجاب البيع كان له خيار القبول مادام في مجلسه فهذا مثله كذا في شرح الكاكي والفاوق ظاهر فان الشفيع لا يملكه بطلب المواتبة فقط بل بالاختصاص بالتراضي أو بقضاء القاضي وله بعد طلب المواتبة زمان التأمل بخلاف المشتري عند إيجاب البائع والخيرة

وقوله ( بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة ) قال محمد بن الفضل البخاري لو قبل لقرى ببيع أرض بحجب أرضك فقبل شفعة شفعة كان ذلك طلبا منه صححا ومن الناس من قال اذا قال الشفيع طلبت الشفعة وأخذتها بطلت شفعته لان كلامه وقع كدبا في الابتداء فكان كالكسوت والصحيح أنه لا يبطل لانه انشاء عرفا ومنهم من قال لو قال أطلب وأخذ ( ١٩٤ ) بطل لانه انشاء محض والمختار ما ذكره

المصنف وقوله ( وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه الخ ) اشارة الى ما ذكره في آخر فصل القضاء بالمواريث وهو من فصول كتاب أدب القاضي وأراد بأخواته المولى اذا أخبر بجناية عبده والشفيع والمكر والمسلم الذي لم يهاجر اليها وقوله ( بخلاف المخيرة اذا أخبر عنه ) أى عند أى خيفة يعنى أن المرأة اذا أخبرت بأن زوجها خبيرها في نفسها ثبت لها الخيار عدا كان الخبر أو غيره فان اختارت نفسها في مجلسها وقع الطلاق والافلا ما ذكر أنه ليس فيه الزام حكم حتى يشترط فيه أحد شرطى الشهادة

قال المصنف ( لان الاعتبار للمعنى ) أقول والمعنى المبرر من الاول انشاء الطلب لا الخبر منه ليكون كذباً وكذا الثاني وليس به عده على ما زعموا قال المصنف ( ويشهد على ما قلنا ) أقول فان تعنى وينبغى أن يثبت الأمر حتى لو

بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال طلبت الشفعة أو أطلبها أو أطلبها لا الاعتبار للمعنى واذا بلغ الشفيع ببيع الدار لم يجب عليه الا الشهادة حتى يخبره ربه لان أو رجل راى امرأته أو واحد عذر عند أى خيفة وقال يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حراً كان أو عبداً مبياً كان أو امرأته اذا كان الخبر حقا وأصل الاختلاف في عزل الوكيل وقد ذكرناه بدلالة وأخواته فيما تقدم وهذا بخلاف المخيرة اذا أخبرت عنه لانه ليس فيه الزام حكم وبخلاف ما اذا أخبره المشتري لانه خصم فيه والعبدالة غير معتبرة في الخصوم والثاني طلب التقرير والشهادة لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرناه ولا يمكنه الا الشهادة ظاهراً على طلب الموائبة لانه على فور العلم بالشرع فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ( ثم نهض منه ) يعنى من المجلس ( وبشهاد على البائع ان كان المبيع في يده ) معناه لم يسلم الى المشتري

لان طلب الموائبة ليس لاثبات الحق وانما شرط هذا الطلب ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وغيره من مجوار هذا الدخيل والاشهاد ليس بشرط فيه اه واقفى أثره صاحب العناية وعده متحققاً حيث قال وتحقيقه أن طلب الموائبة ليس لاثبات الحق وانما شرط ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة والاشهاد في ذلك ليس بشرط اه ( أقول ) لقائل أن يقول طلب التقرير والشهادة أيضاً ليس لاثبات الحق بل ليعلم أنه غير معرض عن الشفعة وانما الذى لاثبات الحق طلب الخصومة مع أن الاشهاد في طلب التقرير لازم على ما يقتضيه كلام المصنف في بيان طلب التقرير والاشهاد في باعد فكان ذلك الوجه الذى عده صاحب العناية تحقيقاً منقوضاً بلزوم الاشهاد في طلب التقرير كما ترى فان قلت لزوم الاشهاد في طلب التقرير لانه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي ولا يمكنه الا بالاشهاد كما ذكره المصنف فيما قبل الباب وسياق ذكره مرة أخرى في بيان طلب التقرير والاشهاد في هذا الباب قلت ذلك انما يكون وجهاً للزوم الاشهاد في طلب التقرير وهو لا يدفع انتقاض الوجه الذى ذكره الشارح المزبور انما عدم لزوم الاشهاد في طلب الموائبة بلزومه في طلب التقرير كما يسميه وكلامناى هذا الوجه على أن في ذلك الوجه أيضاً كلاماً لانه ان أريد أنه يحتاج الى اثبات طلبه عند القاضي كأن اعترف به الخصم فهو ممنوع وان أريد أنه يحتاج الى اثباته عند التجاهد فكذلك الحال في طلب الموائبة أيضاً ثم أقول يمكن أن يمنع لزوم الاشهاد في طلب التقرير أيضاً بناء على ما ذكره الامام قاضيان في تناوياً حيث قال وانما سمي الثاني طلب الاشهاد لانه لا يشهد شرط بل ليعلم أنه اثبات الطلب عند وجود الخصم اه فانه دل على أن الاشهاد في طلب التقرير أيضاً ليس بالزوم بل انما هو لتفي التجاهد كافي طلب الموائبة وبناء على ما ذكره صاحب البدائع حيث قال وأما الاشهاد على هذا الطلب فليس بشرط وانما هو لتفي تقدير الانتكاد كافي الطلب الاول اه فحينئذ كان الوجه الذى ذكره الشارح المزبور من الانتقاض كما لا يخفى ( قوله ) وقال يجب عليه أن يشهد اذا أخبره واحد حراً كان أو عبداً مبياً أو امرأة اذا كان الخبر حقا ( قوله ) في الثاني طلب التقرير والشهادة لانه محتاج اليه لاثباته عند القاضي على ما ذكرناه ولا يمكنه الا بالشهادة ظاهراً على طلب الموائبة لانه على فور العلم بالشرع فيحتاج بعد ذلك الى طلب الاشهاد والتقرير وبيانه ما قال في الكتاب ( ثم نهض منه ) يعنى من المجلس ( وبشهاد على البائع ان كان المبيع في يده ) معناه لم يسلم الى المشتري

ترك الأقرب وذهب الى الابدع واشهده على الطلب يبطل حقه فاقوا هذا اذا كفو على صرتى واحد بدأ ما كانت الطرقتى محتلتين في الذهاب اليهم لا يبطل حقه بالذهاب الى الابدع لانه بعبارة كونه به عذر في طريقه لا يكون له في طريق آخر كذا في شرح الكافي اه ثم نقل عن العتاي الصغرى أن الشفيع اذا ترك الأقرب وطلب عند الابدع فان كان الشفيع أو الابدع خارجاً عن المصر تبطل الشفعة وان كان كلاهما في المصر لا تبطل استحساناً اه

وقوله (أوعلى المبتاع) يعنى المشتري (أوعند العقار) قال شيخ الاسلام الشفيع انما يحتاج الى طلب الاشهاد بعد طلب الموائبة اذا لم يمكنه الاشهاد عند طلب الموائبة (٤٣٠) بأن سمع الشراء حال غيبته عن المشتري والبائع والدار أما اذا سمع الشراء

(أوعلى المبتاع) أوعند العقار فاذا فعل ذلك استقرت شفيعته (وهذا لان كل واحد منهم ما خصم فيه لان الاول اليد والثاني الملك وكذا يصح الاشهاد عند المبيع لان الحق متعلق به فان سلم البائع المبيع لم يصح الاشهاد عليه نظروا وجهه من أن يكون خصما لا يذيله ولا ملك فصار كالأجنبي وصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشتري هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفيع وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك وعن أبي يوسف أنه يشترط تسمية المبيع وتحديد لان المطالبة لا تصح الا في معلوم والثالث طلب الخصومة وانما ذلك وسنذكر كيفيته من بعد ان شاء الله تعالى قال (ولا تسقط الشفيع بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة وهو رواية عن أبي يوسف وقال محمدان تركها شهر ابعدا الاشهاد بطلت) وهو قول زفر معناه اذا تركها من غير عذر وعن أبي يوسف انه اذا ترك الخصومة في مجلس من مجالس القاضي تبطل شفيعته لانه اذا مضى مجلس من مجالسه ولم يخصم فيه اختيار ادا ذلك على اعراضه وتسليمه وجه قول محمدانه لم يسقط بتأخير الخصومة منه أبدا يتضرر به المشتري لانه لا يمكنه التصرف حذرا من رقبته من جهة الشفيع فقد رناه بشهر لانه أجل وما دونه عاجل على ما حرق الايمان ووجه قول أبي حنيفة وهو ظاهر المذهب وعليه الفتوى أوالحق متى ثبت واستقر لا يسقط الا باسقاطه وهو التصريح بلسانه كافي سائر الحقوق وما ذكر من الضرر يشكك بما اذا كان غائبا ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ولوعلم انه لم يكن في البلد قاض لا تبطل شفيعته بالتأخير بالاتفاق لانه لا يتمكن من الخصومة الا عند القاضي فكان عذرا

الوثوق باخبار محجبه فيما اذا كان طريق العلم منحصرا في الاخبار هو حال الخبر كعدالة وتعدد مما يورث الوثوق باخباره ولهذا اعتبره أبو حنيفة رجاء الله واذا لم يكن شيء من العدد والعدالة شرط عندهما فبما نحن فيه وفي نظائره كما صرحوا به بل كان خبر الواحد مطلقا كافيا لما معنى تعليق وجوب الاشهاد على الشفيع اذا أخبره واحد مطلقا يكون الخبر حقا ولا طريق للعلم بكونه حقا في صورة هذه المسئلة سوى اخبار الواحد فان أفاده مثل ذلك الاخبار العلم تعين كونه حقا وان لم يفده فلا مجال للعلم بكونه حقا وعلى كل حال لا يرى للعلم بكونه حقا وجه ظاهر فتفكر ثم اعلم أنه مما يجب التنبيه له أن المراد بالاشهاد ههنا نفس طلب الموائبة لا الاشهاد على ذلك الطلب والا يلزم أن يكون قوله ههنا يجب عليه أن يشهد مناقضا لقوله فيما امر والاشهاد فيه ليس بلازم وقد نبه عليه تاج الشريعة عند قول المصنف والاشهاد فيه ليس بلازم حيث قال هـ ذا لا يناقض قوله يجب عليه أن يشهد لان المراد من الاول الاشهاد على الطلب ومن الثاني طلب الموائبة وأنه واجب على تقدير أن يطلب الشفيع اهـ وسيأتى تظهير هذا في الكتاب في أول باب ما يبطل به الشفيع فانه لما قال هناك واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالمبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفيعته جل عامة الشراح الاشهاد المذكور هناك على نفس طلب الموائبة لئلا يخالف ما ذكره المصنف من قبل وذكر في الذخيرة وغيرها أيضا من أن الاشهاد في طلب الموائبة ليس بلازم وانما هو لئني النجاء (قوله رصورة هذا الطلب أن يقول ان فلانا اشتري هذه الدار وأنا شفيعها وقد كنت طلبت الشفيع وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك) أقول في هذا التصريح بوجوه تفصيل لانه انما يتمشى فيما اذا كان الاشهاد عند الدار فان الإشارة به هذه لا رعايتها تصور في هذه الصورة والمذكور فيما قبل مجرى الاقسام الثلاثة للاشهاد أعنى الاشهاد على البائع أو على المشتري أو عند العقار اللهم

بحضرة أحدهما فطلب الموائبة وأشهد على ذلك فذلك يكفيه ويقوم مقام الطلبين فان ترك الأقرب من هذه الثلاثة وقصد الابدع وكانوا في مصر واحد بطلت الشفيع قياسا ولم تبطل استحضارا لان نواحي مصر جعلت كناية واحدة ولو كان أحدهم في مصر والاخر في رستاق هذا المصر فترك الأقرب الى الابدع بطلت قياسا واستحضارا ثم مدة هذا الطلب مقدرة بالتمكن من الاشهاد عند حضرة أحدهما حتى لو تمكن ولم يطلب بطلت شفيعته وقوله (ولا يسقط بتأخير هذا الطلب) يريد به الطلب الثالث وهو طلب الخصومة وانما قال معناه اذا تركها من غير عذر لانهم أجمعوا على أنه اذا تركه بمرض أو حبس أو غير ذلك ولم يمكنه التوكيل بهذا الطلب لا تبطل شفيعته وان طالت المدة (قوله وما ذكر من الضرر) جواب عن قول محمد يعنى أن الشفيع اذا كان غائبا لم تبطل شفيعته بتأخير هذا الطلب بالاتفاق ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر في لزوم

الضرر فكلا لا يبطل وهو غائب لا يبطل وهو حاضر تنقل في النهاية عن الذخيرة أن الشفيع اذا كان غائبا فعلم بالشراء الا فانه ينبغي أن يطلب طلب الموائبة ثم له من الاجل على قدر المسير الى المشتري أو البائع أو الدار المبيعة لطلب الاشهاد فاذا مضى ذلك الاجل وهو قدر المسير الى أحد هذه الاشياء قبل أن يطلب هذا الطلب أو أن يبعث من يطلب فلا شفيعه

قال (واذا تقدم الشفيع الى القاضي الخ) هذا هو الموعد بقوله وسند ذكر كيفيته من بعد وكلامه ظاهر (قوله لاختلاف أسبابها) لانها على مراتب كما تقدم فلا بد من بيان السبب ليعلم هل هو محبوب بغيره أولا ورجا طعن ماله سبب كالجوار مقابل سببها سبب عند شريح اذا كان أقرب بابا فلا بد من البيان وقوله (ثم دعواه) قيل لم يتم بعد بل لابد أن يسأله فيقول هل قبض المشتري المبيع أولا لانه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى أخبرت بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت به ليعلم أن المدة طالت أولا فان عند أبي يوسف ومحمد اذا طالت المدة فالقاضي لا يلتفت (٤٣١) الى دعواه وعليه الفتوى وهذا

لا يلزم المصنف لانه ذكر أن الفتوى على قبول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير وقيل سألته ثم بعد ذلك سألته عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت وأخبرت من غير لبث سألته عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تأخير سألته عن المطلوب بحضرة هل كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم صح دعواه ثم يقبل على المدعي عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه اقامة البينة لان اليد ظاهر لا يحتل أن تكون يده ملك واجارة وعارية والمحتمل لا يكفي لاثبات الاستحقاق فان أقام بقدر دعواه وان عجز استخلف المشتري بطلب الشفيع انه لا يعلم أن الشفيع مالك الذي ذكره مما يشفع به لانه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى أخبرت بالشراء ليعلم أن المدة طالت أولا فان عند أبي يوسف ومحمد رجما الله اذا تطاولت فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى وقال وهذا لا يلزم المصنف لانه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير ثم قال وقيل ثم بعد ذلك سألته عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت اذا أخبرت من غير لبث سألته عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تأخير سألته عن المطلوب بحضرة هل

قال (واذا تقدم الشفيع الى القاضي فارعى الشراء وطلب الشفعة) قال القاضي المدعي عليه فان اعترف بملكه الذي يشفع به والا كلفه باقامة البينة ( لان اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لاثبات الاستحقاق قال رحمه الله يسأل القاضي المدعي قبل أن يقبل على المدعي عليه عن موضع الدار وحدودها لانه ادعى حقها فصار كما اذا ادعى رقبته واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها فان قال أنا شفيعها بداري تلاصقها الا ان تم دعواه على ما قاله الخصاص وذ كر في الفتاوى تحديده هذه الدار التي يشفع بها أيضا وقد ينسأ في الكتاب الموسوم بالتجنيس والمزيد قال (فان عجز عن البينة استخلف المشتري بالله ما يعلم انه مالك الذي ذكره مما يشفع به) معناه بطلب الشفيع لانه ادعى عليه معنى لو اقر به لزمه ثم هو استخلاف على ما في يده فيحلف على العلم (فان نكل أو قامت للبينة ثبت ملكه في الدار التي يشفع بها وثبت الجوار فبعد ذلك سألته القاضي) يعني المدعي عليه (هل ابتاع أم لا فان أنكر الابتاع قبل للشفيع أقم البينة) لان الشفعة لا تجب الا بعد ثبوت البيع وثبوته بالجهة قال (فان عجز عنها استخلف المشتري بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره) فهذا على الحاصل والاول على السبب وقد استوفينا الكلام فيه في الدعوى وذ كرنا الاختلاف بتوفيق الله وانما يحلفه على الثبات لانه استخلاف على فعل نفسه وعلى ما في يده اصاله وفي مثله يحلف على الثبات

الا أن يكون المراد مجرد التمسيل دون احاطة الاقسام لكنه لا يدفع التقصير حقيقة فالاولى الجامع للاقسام ما ذكره صاحب النخبة حيث قال وصورة هذا الطلب أن يحضر الشفيع عند الدار ويقول ان فلانا اشتري هذه الدار وأنا شفيعها بالجوار بدار حدودها كذا وقد كنت طلبت الشفعة وأنا اطلبها الا ان أيضا فاشهد وبذلك أو يحضر المشتري ويقول هذا مشتري من فلان دار التي حدودها كذا وأنا شفيعها بالجوار الى آخر ما ذكرنا أو يحضر البائع ويقول هذا باع من فلان دار التي حدودها كذا الى آخر ما ذكرنا اه (قوله واذا بين ذلك يسأله عن سبب شفعته لاختلاف أسبابها فان قال أنا شفيعها بداري تلاصقها ثم دعواه) قال صاحب العناية قيل لم يتم بعد بل لابد أن يسأله ويقول هل قبض المشتري المبيع أولا لانه لو لم يقبض لم تصح الدعوى على المشتري ما لم يحضر البائع ثم يسأله عن السبب ثم يقول له متى أخبرت بالشراء ليعلم أن المدة طالت أولا فان عند أبي يوسف ومحمد رجما الله اذا تطاولت فالقاضي لا يلتفت الى دعواه وعليه الفتوى وقال وهذا لا يلزم المصنف لانه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير ثم قال وقيل ثم بعد ذلك سألته عن طلب الاشهاد فاذا قال طلبت حين علمت اذا أخبرت من غير لبث سألته عن طلب الاستقرار فان قال طلبته من غير تأخير سألته عن المطلوب بحضرة هل

فان نكل ثبت دعوى الشفعة فبعد ذلك يسأل الحاكم المدعي عليه هل ابتاع أم لا فان أقر فذالك وان أنكر قيل للشفيع أقم البينة فان أقامها فذالك (وان عجز عنها استخلف المشتري على انه ما اشتراه أو يستحق عليه الشفعة من الوجه الذي ذكره) هذا على الحاصل والاول على السبب وذ كرنا الاختلاف فيه (يريد ما ذكره في فصل كيفية البين والاختلاف من كتاب الدعوى

(قوله وعليه الفتوى) أقول الفتوى على قول محمد في أنه اذا طالت المدة لا يلتفت القاضي الى دعواه (قوله وهذا لا يلزم المصنف الخ) أقول أشار الى قوله ثم يقول له متى أخبرت بالشراء الخ (قوله لانه ذكر أن الفتوى على قول أبي حنيفة في عدم البطلان بالتأخير) أقول لاعلى قوله ما خفى يلزم السؤال عن زمان الاخبار (قوله سألته عن طلب الاشهاد) أقول الظاهر أن يقال عن طلب المواثبة

قال (وتجوز المنازعة في الشفعة الخ) وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بها لزمه احضار الثمن قال المصنف (وهذا ظاهر رواية الامل) ولم يقل هذا رواية الاصل لانه لم يصرح في الاصل هكذا ولكنه ذكر ما يدل على أن القاضي يقضي بالشفعة من غير احضار الثمن لانه قال للمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن منه أو من ورثته ان مات (وعن محمد أنه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لأن الشفيع قد يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري) والفرق بين هذا وبين المشتري مع البائع أن البائع أزال المبيع عن ملكه قبل وصول الثمن اليه فقد أضر بنفسه عن اختيار فلا يتظر له بإبطال ملك المشتري وانما ينظر له بآثبات ولاية حبس المبيع فأما المشتري فهنا فلا يزال ملك نفسه عن اختيار ليقال أضر بنفسه قبل وصول الثمن (٤٣٣) اليه بل الشفيع يتملك عليه كرهاد فبالضرر عن نفسه وانما يجوز للانسان دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشتري بإبطال الشفعة اذا ما طل في دفع الثمن (وجه ظاهر الرواية أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه وما ليس بثابت عليه لا يشترط احضاره) فلا بد من القضاء بهما يتمكن المشتري من المطالبة (واذا قضى له بالدار فلم يشتري أن يحبس حتى يستوفي الثمن ويكون القضاء نافعا عند محمد أيضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلما أدا الثمن بعد ما قال له انفع الثمن اليه لا تبطل شفيعته لانها تأكدت بالخصوصية عند القاضي قال (وان أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يده مستحقة) ولا يسمع القاضي البيعة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بعشده منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضى بهما بالشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتد بحضور البائع لانه صار أجنيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بعشده منه إشارة الى علة أخرى وهي أن البيع في حق المشتري اذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه

دفع الضرر عن نفسه على وجه لا يضر بغيره ودفع الضرر عن المشتري بإبطال الشفعة اذا ما طل في دفع الثمن (وجه ظاهر الرواية أنه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه وما ليس بثابت عليه لا يشترط احضاره) فلا بد من القضاء بهما يتمكن المشتري من المطالبة (واذا قضى له بالدار فلم يشتري أن يحبس حتى يستوفي الثمن ويكون القضاء نافعا عند محمد أيضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلما أدا الثمن بعد ما قال له انفع الثمن اليه لا تبطل شفيعته لانها تأكدت بالخصوصية عند القاضي قال (وان أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يده مستحقة) ولا يسمع القاضي البيعة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بعشده منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضى بهما بالشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتد بحضور البائع لانه صار أجنيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بعشده منه إشارة الى علة أخرى وهي أن البيع في حق المشتري اذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه

قال (وتجوز المنازعة في الشفعة وان لم يحضر الشفيع الثمن الى مجلس القاضي فاذا قضى القاضي بالشفعة لزمه احضار الثمن) وهذا ظاهر رواية الاصل وعن محمد انه لا يقضى حتى يحضر الشفيع الثمن وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة لأن الشفيع عساه يكون مفلسا فيتوقف القضاء على احضاره حتى لا يتوى مال المشتري وجه الظاهر انه لا ثمن له عليه قبل القضاء ولهذا لا يشترط تسليمه فكذا لا يشترط احضاره (واذا قضى له بالدار فله اشتري أن يحبس حتى يستوفي الثمن) وينفذ القضاء عند محمد أيضا لانه فصل مجتهد فيه ووجب عليه الثمن فيحبس فيه فلما أدا الثمن بعد ما قال له انفع الثمن اليه لا تبطل شفيعته لانها تأكدت بالخصوصية عند القاضي قال (وان أحضر الشفيع البائع والمبيع في يده فله أن يخاصمه في الشفعة لان اليد له وهي يده مستحقة) ولا يسمع القاضي البيعة حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بعشده منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضى بهما بالشفيع فلا بد من حضورهما بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت حيث لا يعتد بحضور البائع لانه صار أجنيا اذ لا يبقى له يد ولا ملك وقوله فيفسخ البيع بعشده منه إشارة الى علة أخرى وهي أن البيع في حق المشتري اذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه

كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم فقد صح دعواه (أقول) القائل صاحب النهاية أخذ من الذخيرة وتبعه بعض آخر من الشراح وقد غير صاحب العناية عبارتهم في النقل وأفسد ان عبارتهم كانت هكذا ثم اذا سأله عن طلب الموائبة فقال طلبت حين علمت أو قال حين أخبرت من غير لبث سأله عن طلب الاشهاد هل طلب الاشهاد بعد ذلك من غير تأخير وتقصير فان قال نعم سأله ان الذي طلبت بحضرته هل كان أقرب اليه من غيره فان قال نعم تبين أن الاشهاد قد صح ثم اذا تبين ما يصح عنده الطلب فقد صح دعواه الى هنا عبارتهم وهذه العبارة هي المطابقة لما في الذخيرة وهي الصحيحة دون ما ذكره صاحب العناية في نقله لانه عبر عن طلب الموائبة بطلب الاشهاد حيث قال وقيل ثم بعد ذلك سأله عن طلب الاستقرار ولا يذهب عليك أن اطلاق طلب الاشهاد على طلب الموائبة يخالف اصطلاح الفقهاء جدا يظهر ذلك مما أحطت به خبر في أقسام الطلب وأيضاً قد قيل فيما قبل سأله متى أخبرت بالشراء وكيف صنعت حين أخبرت بالشراء وقد نقله صاحب العناية أيضاً فيما قبل فعلى تقدير أن يقال ههنا ثم بعد لان اليد له وهي يده مستحقة أي معتبرة كيد المالك ولهذا كان له أن يحبس حتى يستوفي الثمن ولو هلك في يده هلك من ماله وانما قال ذلك احترازاً عن بدو المودع والمستعير ومن له يد كذلك فهو خصم من ادعى عليه الآن الخ كما لا يسمع البيعة على البائع حتى يحضر المشتري فيفسخ البيع بعشده منه ويقضى بالشفعة على البائع ويجعل العهدة عليه وهذه جملة قضايا كثرى أما كونه خصماً فقد بيناه وأما كون المشتري لا بد من حضوره مع البائع لسماع البيعة فلهما في اشتراك في أحدهما مع البائع وتنفرد بالآخرى وأما ما اشتركا فيه فهو ما ذكره بقوله (لان الملك للمشتري واليد للبائع والقاضي يقضى بهما بالشفيع) عليهم ما ولا بد من حضور المقتضى عليه للقضاء (بخلاف ما اذا كانت الدار قد قبضت) فان حضور البائع اذ ذاك غير معتبر لصيرورته أجنيا لم يبق له ملك ولا يد وأما ما تنفرد به فهو ما ذكره بقوله (وهو أن البيع في حق المشتري اذا كان يفسخ لا بد من حضوره ليقضى بالفسخ عليه).



ولما كان فسخ البيع يوجبهم العود على موضوعه بالنقض في المسئلة لأن نقض البيع انما هو لأجل الشفعة ونقضه ينقض إلى انتفائها  
 لكونه أمينية على البيع بين وجهه النقض بقوله (ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن يفسخ في حق الإضافة) لأن قبض المشتري مع ثبوت  
 حق الأخذ بالشفعة بالشفعة ممنوع وإذا كان ممنوعاً فالغرض من الشراء وهو الانتفاع بالمبيع فيحتاج إلى الفسخ لأن الأسباب شرعت  
 لأحكامها لا لأنها لئلا يبق أصل البيع أعني الصادر من البائع وهو قوله بعث مجرداً عن إضافته إلى ضمير المشتري لتعذر انفساخه  
 فإنه لو انفسخ عاد إلى موضوعه بالنقض كما ذكرناه (فيتجمل لبقائه بتحويل الصنف إلى الشفعة وبصير كانه المشتري من البائع) وهذا لأن  
 الشفعة ثابتة في الشرع البتة وثبوتها مع بقاء العقد كما كان متعذراً لعدم حصول المقصود فكان فسخه من ضرورتها وهي تندفع  
 بنفسه من جانب المشتري فلا تتعدى إلى غيره وهذا اختيار بعض المشايخ وهو المختار وقال بعضهم ينتقل الدار من المشتري إلى الشفع  
 بعقد جديد قالوا لو كان بطريق التحويل لم يكن للشفيع خيار الرؤية إذا كان المشتري قد رآه لكن له ذلك كما سألني ولما كان له أن يرد الدار  
 إذا اطلع على عيب والمشتري اشتراها على أن البائع يرى من كل (٤٣٣) عيب بالكن له ذلك والجواب

أن العقد يقتضى سلامة  
 المعقود عليه من العيب  
 وانما يعتبر في حق المشتري  
 بعرض لم يوجب دفع  
 الشفع وهو الرؤية وقبول  
 المشتري العيب فتحول  
 الصنف إلى الشفع  
 موجبة للسلامة نظراً  
 إلى الأصل (قوله فلهذا)  
 أي فلتحول الصنف إليه  
 (يرجع بالعهد على البائع)  
 لأنه تادم كما كان ولو كان  
 بعقد جديد كانت على  
 المشتري (بخلاف ما إذا  
 قبضه المشتري) فأخذه  
 الشفع من يده حيث  
 تكون العهدة عليه لأنه  
 تملكه بالقبض قال  
 (ومن اشترى داراً غيره

ثم وجه هذا الفسخ المذكور أن يفسخ في حق الإضافة لامتناع قبض المشتري بالأخذ بالشفعة  
 وهو يوجب الفسخ إلا أنه يبقى أصل البيع لتعذر انفساخه لأن الشفعة بقاء عليه ولكنه تحول  
 الصنف إليه وبصير كانه هو المشتري منه فلا يرجع بالعهد على البائع بخلاف ما إذا قبضه  
 المشتري فأخذه من يده حيث تكون العهدة عليه لأنه تملكه بالقبض وفي الوجه الأول امتنع قبض  
 المشتري وأنه يوجب الفسخ وقد طولنا الكلام فيه في كفاية المنهى بتوفيق الله تعالى قال (ومن  
 اشترى داراً غيره فهو الخصم للشفيع) لأنه هو العاقد والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه  
 عليه قال (الآن يسلمها إلى الموكل) لأنه لم يبق له يد ولا ملك فيكون الخصم هو الموكل وهذا لأن الوكيل  
 كالبائع من الموكل على ما عرف تسليمه إليه كتسليم البائع إلى المشتري فتصير الخصومة معه لأنه مع  
 ذلك قائم مقام الموكل فيكتفى بحضوره في الخصومة قبل التسليم

ذلك سأل عن طلب الأشهاد ومراعاة طلب الموائبة بصير المعنى ثم بعد السؤال عن طلب الموائبة سأل  
 عن طلب الموائبة لأن سؤاله قبله وكيف صنعت حين أخبرت سؤال عن طلب الموائبة لا محالة فيلزم  
 تكرار السؤال عن طلب الموائبة بخلاف ما إذا قبل ثم إذا سأل عن طلب الموائبة سأل عن طلب الأشهاد  
 كما وقع في عبارتهم فإنه لا يلزم حينئذ شيء من المحذورين المذكورين أما عدم لزوم المخالفة لأصطلاح  
 الفقهاء فظاهر وأما عدم لزوم تكرار السؤال عن طلب الموائبة فإن الكلام إذاً ملق في صورة  
 الشرطية فقدمها وهو قولهم إذا سأل عن طلب الموائبة شارة إلى ما ذكرنا فيما قبل من السؤال بكيف  
 صنعت حين أخبرت وليس فيه حكم جديد حتى يلزم التكرار تأمل تفهم (قوله ومن اشترى داراً غيره  
 فهو الخصم للشفيع) لأنه هو العاقد والأخذ بالشفعة من حقوق العقد فيتوجه عليه (أقول هذا  
 التعليق يجري بعينه فيما إذا سلمها الموكل مع أنه ليس بخصم هناك فيكتفى بأن يراعه قيد

فهو الخصم الخ) المشتري إذا كان وكيلًا فاما أن يسلم المبيع إلى موكله قبل الخصومة أو لا فإن كان الثاني فهو الخصم للشفيع (لأنه هو  
 العاقد) والعاقد يتوجه عليه حقوق العقد (والأخذ بالشفعة من حقوقه) وإن كان الأول فالمركل هو الخصم (لأنه لم يبق للوكيل يد ولا  
 ملك) وهذا لأن الوكيل كالبائع من الموكل لأنه يرى بينهما ما مبادلة حكمية على ما عرف تسليمه إلى الموكل كتسليم البائع إلى المشتري  
 ولو سلم إلى المشتري كان هو الخصم فكذلك الموكل فإن قيل لو كان الوكيل بالشراء كالبائع من الموكل لكان حضور الوكيل والموكل  
 جميعاً شرطاً في الخصومة في الشفعة إذا كانت الدار في يد الوكيل كما أن الحكم كذلك في البائع والمشتري على ما تقدم أجاب المصنف  
 بقوله (الأنه مع ذلك قائم مقام الموكل) لكونه نائباً عنه (فيكتفى بحضوره) والبائع فيه ليس بشيء عن المشتري فلا يكتفى بحضوره

(قوله لم يكن للشفيع خيار الرؤية) أقول كالموكل إذا تم المكالمات المشتري من الوكيل بتحول الصنف فإنه لا يثبت له خيار الرؤية إذا لم يثبت  
 توكيله (قوله بتحول الصنف إلى الشفع) أقول وأما مسألة الوكيل فإن الموكل أقام الوكيل مقام نفسه ورضي بما فعل فكان  
 سقوط الخيار من الموكل ضرراً مرضياً بشوكيله فلم يكن له الرد بخلاف الشفع

(قوله وكذا إذا كان البائع وكيلًا) ظاهر وقوله (وكذا إذا كان البائع وصيًا) يعني يكون الخصم للشفيع هو الوصي إذا كانت الورثة صغاراً وقد بقوله (فيما يجوز بيعه) احترازاً عما (٤٣٤) لا يتغابن الناس بمنزله فإن بيعه به لا يجوز وقيل المراد به كون الورثة صغاراً فإن الوصي

يبيع التركة أما إذا كانت الورثة كباراً لا يجوز بيعه لأنهم متمسكون من النظر لأنفسهم وقوله (وإذا قضى القاضي للشفيع بالدار الخ) ظاهر وقد ذكرناه أيضاً  
**فصل في مسائل الاختلاف** لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري في الثمن وهو الأصل شرع في بيان مسائل الاختلاف بينهما قال (وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن الخ) الشفيع والمشتري وان كانا بمنزلة البائع والمشتري لكنهما ليسا كذلك من كل وجه (لأن الشفيع يدعى على المشتري استحقاق الدار) بأقل الثمنين والمشتري لا يدعى عليه شيئاً فخير الشفيع بين الاخذ والترك فإذا وقع الاختلاف بينهما في الثمن وعجزاً عن إقامة البينة كان القول للمشتري لأنه يشكر ما دعيه الشفيع من استحقاق الدار (عليه عند نقد الاقل) والقول قول المنكر مع عينه ولا يتحالفان لأنه لم يردغة نص ولا هو في معنى المنصوص عليه من كل وجه (وان أقام البينة فهي للشفيع عند أبي حنيفة ومحمد)

وكذا إذا كان البائع وكيل الغائب فالشفيع أن يأخذها منه إذا كانت في يده لأنه عاقد وكذا إذا كان البائع وصيًا لم يتبعه لما ذكرنا قال (وإذا قضى القاضي للشفيع بالدار ولم يكن رآها فله خيار الرؤية وان وجدها أعياها فله أن يردّها وان كان المشتري شرط البراءة منه) لأن الاخذ بالشفعة بمنزلة الشراء ألا يرى أنه مبادلة المال بالمال فيثبت فيه الخياران كما في الشراء ولا يسقط بشرط البراءة من المشتري ولا رؤيته لأنه ليس بنائب عنه فلا عليك إسقاطه

**\* (فصل) في الاختلاف قال** (وان اختلف الشفيع والمشتري في الثمن فالقول قول المشتري) لأن الشفيع يدعى استحقاق الدار عليه عند نقد الاقل وهو يشكر والقول قول المنكر مع عينه ولا يتحالفان لأن الشفيع ان كان يدعى عليه استحقاق الدار فالمشتري لا يدعى عليه شيئاً فخير بين الترتب والاخذ ولا نص ههنا ولا يتحالفان قال (ولو أقام البينة فالبينة للشفيع) عند أبي حنيفة ومحمد

فارق بين الصورتين بأن يقال بعد قوله والاخذ بالشفعة من حقوق العقد وله بد في الدار وكان المصنف اغما ترك ذكر ذلك القيد اعتماداً على ان فهمه من تعليل صورة التسليم

**فصل في الاختلاف** لما ذكر مسائل الاتفاق بين الشفيع والمشتري شرع في مسائل الاختلاف بينهما وأقدم الاول لأن الأصل هو الاتفاق (قوله ولا نص ههنا فلا يتحالفان) قال صاحب النهاية في شرح هذا المقام اغما النص في حق البائع والمشتري مع وجود معنى الانكار من الطرفين هناك فوجب البين لذلك في الطرفين ولم يوجد الانكار هنا في طرف الشفيع فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص فذلك لم يجب التحالف هنا اه واقتنى أثره صاحب معراج الدراية كما هو أدبه في أكثر المواضع وتحرير صاحب غاية البيان أيضاً يشعر بذلك فإنه بعد ما بين عدم وجوب التحالف هنا على نهج ما ذكره المصنف من قبل قال فلم يكن اختلافهما في معنى ما ورد به النص وهو قوله عليه الصلاة والسلام إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة فتخالفا ورتا فلا جرم لم يجب التحالف اه (أقول) ليس هذا بشرح صحيح لأن وجود معنى الانكار من الطرفين في اختلاف المتبايعين اغما هو فيما إذا وقع الاختلاف قبل القبض وأما إذا وقع بعد القبض فعلى الانكار هناك أيضاً اغما يوجد في طرف واحد وهو المشتري فكان التحالف في تلك الصورة محالاً لقياس ولكننا عرفناه بالنص وهو قوله صلى الله عليه وسلم إذا اختلف المتبايعان والسلعة قائمة بينهما فتخالفا ورتا فلا جرم ذلك كله مستوفى في باب التحالف من كتاب الدعوى فلو كان الوجه في عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص أن لا يوجد معنى الانكار من الطرفين لانتقض ذلك قطعاً بصورة اختلاف المتبايعين بعد القبض والصواب ان وجه عدم كون ما نحن فيه في معنى ما ورد فيه النص هو أن الشفيع مع المشتري ليس في معنى البائع والمشتري من كل وجه لا تنفاه شرط البيع وهو التراضي فلا يلحقان بهما في حكم التحالف وقد أفصح عنه تاج الشريعة حيث قال وليس هذا في معنى ما ورد فيه النص بالتحالف من كل وجه لأن ركس البيع وان وجد لكن بالنظر إلى فوات شرطه وهو الرضا لم يوجد فلا يلحق به اه قال الزيلعي في شرح هذه المسئلة من الكثر ولا يتحالفان لأن التحالف عرف بالنص فيما إذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين والمشتري لا يدعى على الشفيع شيئاً فلا يكون الشفيع منكرًا فلا يكون في معنى ما ورد بالنص فامتنع القياس اه (أقول) الخلل في كلامه أشد وأظهر فانه قال أولاً لأن التحالف عرف بالنص فيما إذا

وجد

(قوله أما إذا كانت الورثة كباراً لا يجوز بيعه) أقول إذا لم يكن على الميت دين

.. (فصل في الاختلاف) \* قال المصنف (ولا نص ههنا فلا يتحالفان) أقول إذا النص في البائع والمشتري مع وجود معنى الانكار في الطرفين هناك فوجب التحالف لذلك ولم يوجد الانكار ههنا في طرف الشفيع لأن المشتري لا يدعى عليه شيئاً

وقال أبو يوسف هي للشري لانها أكثر اثباتا فصار كيفية البائع اذا اختلف هو والمشتري في مقدار الثمن وأقاما البيينة فانهم البائع وكيفية الوكيل بالشرا مع بيينة الموكل اذا اختلفا في الثمن فانهم الوكيل وكيفية المشتري من العبد مع بيينة المولى القديم اذا اختلفا في ثمن العبد المأسور فانهم المشتري لما في ذلك كله من اثبات الزيادة (ولهما أنه) (٤٣٥) لاتنافي بين البينتين) في حق

الشفيع لجواز تحقيق البيع مرة بألف وأخرى بألفين على ما شهد عليه البيتان وفسخ أحدهما بالآخر لا يظهر في حق الشفيع لنا كدفعه بخلاف أن يجعل موجددين في حقه (وله أن يأخذ بأيه ما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما مع عقدان الا بانفساخ الاول) فالجمع بينهما غير ممكن فصار الى أكثرهما اثباتا لان المصير الى الترجيح عند تعذر التوفيق (وهذا هو التخيير لبينة الوكيل لانه كالبايع والموكل كالمشتري) فلا يمكن توالي العقد بينهما الا بانفساخ الاول فتعذر التوفيق على أنها ممنوعة على ما روى ابن سماعة عن محمد أن البينة بينة الموكل لان الوكيل مصدر منه ان اراد أن يحسب ما وجبه البيتان فكان لئو كل أن يأخذ بأيه ما شاء (وأما المشتري من العبد وقد ذكر في السير

وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري لانها أكثر اثباتا) فصار كيفية البائع والوكيل والمشتري من العدو ولهما أنه لاتنافي بينهما فيجعل كان الموجدديعان والشفيع أن يأخذ بأيه ما شاء وهذا بخلاف البائع مع المشتري لانه لا يتوالى بينهما مع عقدان الا بانفساخ الاول فهنا الفسخ لا يظهر في حق الشفيع وهو التخيير لبينة الوكيل لانه كالبايع والموكل كالمشتري منه كيف وانها ممنوعة على ما روى عن محمد وأما المشتري من العبد وقد قلنا ذكر في السير الكبير أن البينة بينة المالك القديم قلنا ان نفع

وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين وليس كذلك لانه عرف بالنص أيضا فيما لا انكار ولا دعوى الا من جانب واحد كما اذا اختلف المتبايعان بعد القبض على ما صرحوا به فاطبة حتى نفسه في كتاب الدعوى بل الذي عرف بالنص هذه الصورة لان التحالف فيما اذا وجد الانكار من الجانبين والدعوى من الجانبين ثابت بالقياس بدون ذلك النص وقال آخر اقامت القياس ولا يخفى ان امتناع القياس لا يقتضي امتناع الاحق بطريق دلالة النص فان كثيرا من الامور لا يجري فيه القياس ويصح اثباته بطريق الدلالة على ما عرف في موضعه فمجرد امتناع القياس مهمنا لا يتم المطلوب فحق العبارة أن يقال فلا يلحق به ليم القياس والدلالة (قوله وقال أبو يوسف البينة بينة المشتري لانها أكثر اثباتا) أقول لقائل أن يقول البينة انما تسمع من المدعي والمشتري لا يدعى على الشفيع شيئا وله هذا لانه لافان بالاتفاق كما مر أنفا فلزم أن لا تصح بيينة المشتري أصلا فضلا عن أن ترجع على بيينة الشفيع كما قاله أبو يوسف \* ثم أقول يمكن الجواب عنه بأن المشتري وان كان مدعى عليه لا مدعى في الحقيقة الا أنه مدعى صورة حيث يدعى زيادة الثمن ومن كان مدعى عليه صورة تسمع بيئته اذا أقامها كما في المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع وأقام عليه بيينة على ما عرف في محله وأما الحلف فاما يجب على من كان مدعى عليه حقيقة ولا يجب على من كان مدعى عليه صورة ألا يرى أن المودع اذا ادعى رد الوديعة على المودع ويحضر عن إقامة البينة عليه فاما يجب الحلف على المودع لكونه منكر الضمان حقيقة ولا يجب على المودع مع كونه في صورة المدعى عليه رد الوديعة عليه فكان للمشتري فيما نحن فيه مجال إقامة البينة وان لم يجب على خصمه الحلف أصلا فرجع أبو يوسف بيئته بناء على كونها أكثر اثباتا وبهذا التفصيل تبين ان قول صدر الشريعة في شرح الوقاية في هذا المقام وجهه ما ذكرنا مؤيداه ما ذكره بقوله لان الشفيع يدعى استحقاق الدار عند نقد الاقل والمشتري ينكره ليس بسديد وعن هذا المبحث عن أبي حنيفة الاحتجاج بذلك مع ظهوره جدا وانما حكى عنه الطريقتان اللتان ذكرهما المصنف بقوله ولهما أنه لاتنافي الخ وبقوله ولان بيينة الشفيع ملزمة الخ حكى أولاها محمد وأخذ بها وحكى ثانياها أبو يوسف ولم يأخذ بها كذا في الشروح (قوله وهو التخيير لبينة الوكيل لانه كالبايع والموكل كالمشتري منه) أقول لقائل أن يقول ان أراد أن الوكيل كالبايع والموكل كالمشتري منه من كل وجه فهو ممنوع اظهر الاختلاف بعض الاحكام وان أراد أن الوكيل والموكل كالبايع والمشتري في بعض الوجوه فهو مسلم ولكن الشفيع والمشتري أيضا بمنزلة البائع والمشتري

الكبير أن البينة بينة المالك القديم

(٥٤ - تكمله سابع)

(قوله لجواز تحقيق البيع مرة بألف وأخرى بألفين) أقول فيثبت بحجة الشفيع البيع بألف ويثبت بحجة المشتري البيع بألفين فكان الشفيع مخيرا ان شاء أخذ بما أثبت بيينة الشفيع وان شاء أخذ بما أثبت بيينة المشتري قال المصنف (كيف وانها ممنوعة) أقول فلا يرد ذلك علينا وكيف يردونها ممنوعة

ولم يذكر فيه قول أبي يوسف ولكن سلم أن الأئمة للشئ فذلك باعتبار أن التوفيق متعذر إذا أصبح البيع الثاني هناك لا يفسخ الأول وهذه طريقة أبي حنيفة في هذه المسئلة حكاهما محمد وأخذ بها (قوله ولأن يئمة الشفيع ملزمة) لأنهم إذا قبلت وجب على المشتري تسليم الدار بما ادعاه الشفيع شاء أو أبى والمزم منها أولى لأنهما وضعت للالزام ويئمة المشتري عليه غير ملزمة لأنهم إذا قبلت لا يجب على الشفيع شئ ولكنه غير بين أن يأخذ أو يترك وغير المزم مستوفى بمقابلة المزم غير معتبر بطريقة أخرى له حكاهما أبو يوسف ولم يأخذ بها وعلى هذه وقعت التفرقة بينهما وبين يئمة البائع والمشتري رآو كبل والمر كل فأن كل واحد مدته منهم بملزمة فلهذا صرنا إلى الترجيح الزيادة ورجحنا يئمة المولى القديم لكونها ملزمة على يئمة المشتري من العدة نها غير ملزمة قال (وإذا ادعى المشتري ثمناً وادعى البائع أقل منه الخ) إذا اختلف البائع والمشتري في الثمن فأما أن يكون مقبوضاً أو غير مقبوض أو يكون القبض غير ظاهر يعنى غير مدعوم للشفيع فإن كان غير مقبوض فأما أن يدعى البائع أقل أو أكثر فإن كان أقل أخذها للشفيع عما قال البائع وكان ذلك خطأ عن المشتري ووجهه المذكور في الكتاب واضح وقوله ولأن (٤٣٩) التملك وجه آخر وإنما كان التملك على البائع بما يجابه لأنه لم يقل بدت لا يثبت للشفيع شئ

الآثرى أنه لو أقر بالبيع بعد التسليم نقول لا يصح الثاني هناك لا يفسخ الأول أما ههنا فبخلافه ولأن يئمة الشفيع ملزمة ويئمة المشتري غير ملزمة والبيدات للالزام قال (وإذا ادعى المشتري ثمناً وادعى البائع أقل منه ولم يقبض الثمن أخذها للشفيع عما قاله البائع وكان ذلك خطأ عن المشتري) وهذا لأن لا ممان كان على ما قال البائع نقد وجبت الشفعة به وإن كان على ما قال المشتري فقد حظ البائع بعض الثمن وهذا الخط يظهر في حق الشفيع على ما بينا. والله تعالى ولأن التملك على البائع بما يجابه فكان القول قوله في مقدار الثمن ما بقيت مطبوعة فبأخذها للشفيع بقوله قال (ولو ادعى البائع أكثر مما كان في يده وأقر بالبيع ما ظهر أن الثمن ما يفرضه لا خرفاً أخذها للشفيع بذلك وان حلفوا يفسخ لعاضى البيع على ما عرف بذلك وان اختلفا فسخ القاضى البيع بينهما على ما عرف وبأخذها للشفيع يقول البائع لأن نسخ البيع لا يوجب بطلان حق الشفيع وان كان الفسخ بالقضاء لأن القاضى نصب ناظر للسلمين لا مبطل للحقوقهم (وإن كان مقبوضاً أخذها يقول المشتري إن شاء ولم يلتفت إلى قول البائع) لما ذكر في الكتاب

في بعض الوجوه كإصرار حواجة فالبينة فالبينة الفرق فيستأمل في لدفع (قوله وبعد التسليم نقول لا يصح الثاني هناك) بفسخ الأول أما ههنا فبخلافه (أقول يرد على ظاهره أن البيع الثاني لا يصح هنا أيضاً ولا يفسخ الأول ضرورة عدم تدوير بيع شئ واحد من شخص واحد مرتين لا يفسخ الأول ويدل على لزوم الفسخ هنا أيضاً قول المصنف فيما قبل. وههنا الفسخ لا يظهري في حق الشفيع حيث نفي ظهور

وهو ظاهر وإن كان غير مدعوم بالقبض فأما أن يترتب له قبض أو لا فإن كان الثاني ولم يذكر في الكتاب فأنظروا حكمه حكمه ما ذكرنا من مقبوض أو لا. وبالعكس فإن كان الأول كما قال (بعت الدار منه بألف وقبضت الثمن أخذنا الشفيع يقول البائع) أي بألف (لأنه لم يبدأ بالقرار بالبيع عقدة لم تلتحق الشفعة به) أي بالبيع بذلك المقدار ثم بقوله (قبضت الثمن يريد اسقاط حق الشفيع) انتهى لما في قراره من التمسك لأننا نحن نختار ذلك يبقى أجنبياً من العدة إذا ذلك له ويد ويحبته يجب أن يأخذ ما يدعيه المشتري كما عدم أنفأ أن الثمن إذا كان مقبوضاً أخذها قال المشتري وأيسر له اسقاط حق الشفيع (فرد عليه) قبضت وإن كان الثاني كقولنا (قبضت الثمن) وهو أن لا يلتفت إلى قوله ويأخذها بما قال المشتري (لأن الأول وهو قرار بقبض الثمن خرج من البين) وسار أجنبياً (وسقط اعتبار قوله في مقدار الثمن) وروى الحسن عن أبي حنيفة أن المبيع إذا كان في يد البائع فأقر بقبض الثمن وزعم أنه ألف، فالقول قوله لأن التملك يقع على البائع فمرجع إلى قوله وهو ظاهر لأنه لم يصراً أجنبياً لكونه ذا اليد وإن لم يكن ما ذكره والله أعلم

فصل فيما يؤخذ به المشفوع في ما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من حق الشفاعة كرماء يؤخذ به المشفوع وهو الثمن الذي يؤديه الشفيع لأن الثمن تابع (وإذا حط البائع عن المشتري) حط بهرض الثمن والزكاة يستويان في باب المراجعة دون الشفعة لأن في المراجعة ليس في التزام الزيادة في البطلان حق في الزيادة بخلاف الشفعة لها في الزيادة بها إبطال حق ثبت لاشفيع بأقل منها وعلى هذا يخرج ما ذكر في الكتاب آباء البائع إذا حط عن المشتري بعض الثمن سنة لذلك من الشفيع وان حط الجميع لم يبق عنه شيء لأن حط البعض ملحق بأصل العدة، فيظهر في حق الشفيع لأنه إذا أخذ بثمن والثمن باق وان حط بعدد رجع الشفيع على المشتري بذلك القدر بخلاف حط الكل لأنه لا يلحق أصل العدة لا يخرج العدة من موضوعه وقد بينه في السور

(فصل في) فيما يؤخذ به المشفوع قال (واذا حط البائع عن المشتري بعض الثمن يسقط ذلك من الشفيع وان حط جميع الثمن لم يسقط عن الشفيع) لان حط البعض يلتحق بأصل العقد فيظهر في حق الشفيع لان الثمن مابقي وكذا اذا حط بعدها أخذها الشفيع بالثمن يحط عن الشفيع حتى يرجع عليه بذلك القدر بخلاف حط الكل لانه لا يلتحق بأصل العقد بحال وقد بيناه في اليوع (وان زاد المشتري للبائع لم يلزم الزيادة في حق الشفيع) لان في اعتبار الزيادة ضرر بالشفيع لاستحقاقه الاخذ بمادونها بخلاف الحط لانه منفعة له ونظر الزيادة اذا جدد العقد أكثر من الثمن الاول لم يلزم الشفيع حتى كانه ان يأخذها بالثمن الاول لما بينا كذا هدايات (ومن اشترى ارباع عرض اخذها الشفيع بقيمتها) لانه من ذوات القيم (وان اشترى ارباعا بمكيل أو موزن أخذها بمثل لانه من ذوات الامثال) وهذا لان الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بمثل ما تملكه في راعى بالقدر الممكن كافي الاتلاف والعدي المتقارب من ذوات الامثال

الفسخ في حق الشفيع وذلك يقتضى تحقق الفسخ في نفسه والجواب ان مراد المصنف بالفسخ في قوله لا يصح الثاني هنالك الا بفسخ الاول اما هنا فبخلافه هو الفسخ في حق الثالث وهو المالك القديم هنالك والشفيع هنالك الفسخ في حق المتعاقدين والذي لم يتحققه ضرورة في الفصلين معا وهو الثاني دون الاول فعنى كلام المصنف ههنا ان الفسخ يظهر في حق الثاني هنالك كما يظهر في حق المتعاقدين واما هنا فبخلافه أى لا يظهر في حق الثالث وغرّة هذا الاختلاف أن الثالث هنالك وهو المالك القديم يأخذ العبد المأسور من المشتري من العدة بالثمن الثاني وما الثالث هنالك هو الشفيع فيأخذ الدار من المشتري بأى الثمنين شاء فان قلت نعم معنى كلام المصنف ذلك قطعه ولكن ساوجه ظهور الفسخ هنالك في حق المالك القديم وعدم ظهوره هنالك في حق الشفيع وما الفرق بينهما قال حجب الشفيع تعلق بالدار من وقت وجود البيع الاول وأما حق المالك القديم فلم يتعلق بالعبد المأسور الا بعد اء خراج الى دار الاسلام والاخراج اليه لم يكن الا بالبيع الثاني فاقتربا وحل هذا المقام بهذا الوجه مما يه وقد

أهمه الشرح مع التزامهم بيان الظواهر في كثير من المواضع  
فصل فيما يؤخذ به المشفوع **§** لما فرغ من بيان أحكام المشفوع وهو الأصل لأنه المقصود من  
حق الشفعة شرع في بيان ما يؤخذ به المشفوع وهو الذي يؤديه الشفيع لأنه ثمن والثمن تابع كذا  
في الشروح (قوله) وهذا لأن الشرع أثبت للشفيع ولاية التملك على المشتري بثمن ما يملكه أقول  
كان الظاهر أن يقول بثمن ما يملكه لأن الشفيع إنما يملك بثمن الثمن الذي يملكه المشتري لا بثمن البيع

دلایکویسترا بے فیضیت ... اخذہ ... مکر فکانت ایلہا ایتامعہ  
 (فصل فیما یؤخذ به المشفوع) (قوله تبعا القبض سقط ذلك) (قوله من قبض المشتري عن مرسئيل) (قوله والتمن ما بقي واذا  
 سقط بعده رجع الشفع الخ) أقول لفظة ما في قوله ما بقي مرهولة ولزم في قوله بعده رجوع لي البعض في قوله لاحظ عن المشتري  
 بعض التمن قبل القبض (قوله لا لا يخرج العقد موضوعه) أقول لانه يصير علة لا نه يبقى تليكم بدعوى ولا شفعة في الهبة  
 (قوله الا يرى أن الشفع لو سلم الدار الخ) أقول نه تأمل فان التنوير المذكور لا يطابق لما ادعاه بظهور تأمل (قوله علي أن يأخذ  
 منها) أقول أي بالشفعة (قوله ووجهه أن مراعاة ذلك غير ممكن) أقول فيه بحث

(فصل فيما يوحده الشفع). (قوله ثبأ البض سقط ذلك) (قوله من غير المشتري مني من سبيح) (قوله ثم إن ما بقي وأما  
سقط بعده رجوع الشفع الخ) أقول للفتة ما في قوله ما بقي مرهولة ولضمير في قوله بعده رجوع إلى الضمير في قوله لاحظ عن المشتري  
بعض الثمن قبل القبض (قوله لا يسأل بخرج العقد موضوعه) أقول لأنه يصير مربة لأن به يبقى تملك بدعوى ولاشفعة في الهبة  
(قوله ألا يرى أن الشفع لو سلم الدار الخ) أقول فيه تأمل فإن التنوير المذكور لا يطابق لما ادعاه بظهور تأمل (قوله على أن يأخذ  
منها) أقول أي بالشفعة (قوله ووجه أن مراعاة ذلك غير ممكن) أقول فيه بحث



وقوله (وان باع عقارا بعقار) ظهور وجهه مما تقدم (واذا باع بثمن مؤجل) الى أجل معلوم (فالشفيع الخيار ان شاء أخذها بثمن حال وان شاء صبر عن الاخذ حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها) وانما وصفنا الاجل بكونه معلوما لانه لو كان مجهولا كان البيع فاسدا ولا شفعة فيه (وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل) عندنا (وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي) القديم (لان الاجل وصف في الثمن كالزيادة والاخذ بالشفعة به) أي بالثمن (٤٣٨) (فأأخذها بأصله ووصفه كما في الزيوف ولنا أن الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المتنازع) فلا أجل فيما بين الشفيع وبينهما وقوله (وليس الرضا) دليل آخر وتقديره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضا في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضا به في حق المشتري ليس رضا في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل بالضم والضم والقائل أن يقول لما كان الرضا شرطا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لا تتفاوت من البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الاجل كذلك والجواب أن ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الاجل وقوله (وليس الاجل وصف في الثمن) جواب عن قول زفر وجهه أن وصف الشيء يتبعه الاحالة وهذا ليس كذلك (لانه حق المشتري) والثمن حق البائع وقوله (وصار كما اذا اشترى شيئا) ظاهر وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لا تمتنع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الى آخر ما ذكره في أوخر باب طلب الشفعة وقوله (وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل الخ) قوله

(وان باع عقارا بعقار أخذ الشفيع كل واحد منهما بقيمة الآخر) لانه بدله وهو من ذوات القيم فأأخذها بقيمة قال (واذا باع بثمن مؤجل فله شفيع الخيار ان شاء أخذها بثمن حال وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل ثم يأخذها وليس له أن يأخذها في الحال بثمن مؤجل) وقال زفر له ذلك وهو قول الشافعي في القديم لان كونه مؤجلا وصف في الثمن كالزيادة والاخذ بالشفعة به فأي أخذ بأصله ووصفه كما في الزيوف ولنا أن الاجل انما يثبت بالشرط ولا شرط فيما بين الشفيع والبائع أو المتنازع وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل بالضم والقائل أن يقول لما كان الرضا شرطا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لا تتفاوت من البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الاجل كذلك والجواب أن ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الاجل وقوله (وليس الاجل وصف في الثمن) جواب عن قول زفر وجهه أن وصف الشيء يتبعه الاحالة وهذا ليس كذلك (لانه حق المشتري) والثمن حق البائع وقوله (وصار كما اذا اشترى شيئا) ظاهر وقوله (لما بينا) اشارة الى قوله لا تمتنع قبض المشتري بالاخذ بالشفعة وهو يوجب الفسخ الى آخر ما ذكره في أوخر باب طلب الشفعة وقوله (وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل الخ) قوله

الذي يملكه المشتري وعن هذا قلنا فيما اذا اشترى دارا بعرض يأخذها الشفيع بقيمة العرض الذي هو الثمن لا بقيمة الدار التي هي المبيع كما قاله أهل المدينة على ما ذكر في المبسوط وفي الكافي الفارق بينهما هو الباء فلا بد من ذكرها ههنا ولقد أحسن صاحب الكافي حيث قال ولنا أن الشفيع يملك بمثل ما يملك به المشتري والمثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى اه (قوله) وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاة) قال صاحب العناية هذا دليل آخر تقديره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضا في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضا به في حق المشتري ليس رضا في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل وقال ولقائل أن يقول لما كان الرضا شرطا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لا تتفاوت من البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الاجل كذلك والجواب أن ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الاجل الى هنا كلامه وقد اختلف في أثره الشارح العيني (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن ذلك ليس بدليل آخر بل انما هو تمة الدليل السابق ذكره فرفع ما عسى يتوهم أن يقال شرط الاجل وان لم يتحقق بين البائع والشفيع صريحاً ولكن يتحقق بينهما من حيث ان الرضا بالاجل في حق المشتري رضا به في حق الشفيع ووجه الدفع ظاهر من قوله ولتفاوت الناس في الملاة فلا احتياج أصلا الى ما ارتكبه الشارحان المزبوران من تقرير مقدمة لجعل ذلك دليلا مستقلا ويراد سؤال التزام جواب بعينه بل لا وجه للقول بأنه لا بد في الشفعة من الرضا عند من أحاط بمسائل الشفعة خيرا كيف وقد صرحوا بخلافه في مواضع شتى من كتاب الشفعة سيما عند قولهم ويملك الشفيع الدار اما بالتراضي أو بقضاء القاضى حيث جعلوا قضاء القاضى مقابلا للتراضي واعتبروا كل واحد منهما سببا مستقلا للا (قوله) ثم ان أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان) قال صاحب العناية

الذي يملكه المشتري وعن هذا قلنا فيما اذا اشترى دارا بعرض يأخذها الشفيع بقيمة العرض الذي هو الثمن لا بقيمة الدار التي هي المبيع كما قاله أهل المدينة على ما ذكر في المبسوط وفي الكافي الفارق بينهما هو الباء فلا بد من ذكرها ههنا ولقد أحسن صاحب الكافي حيث قال ولنا أن الشفيع يملك بمثل ما يملك به المشتري والمثل نوعان كامل وهو المثل صورة ومعنى وقاصر وهو المثل معنى اه (قوله) وليس الرضا به في حق المشتري رضا به في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاة) قال صاحب العناية هذا دليل آخر تقديره لا بد في الشفعة من الرضا لكونها مبادلة ولا رضا في حق الشفيع بالنسبة الى الاجل لان الرضا به في حق المشتري ليس رضا في حق الشفيع لتفاوت الناس في الملاة بفتح الميم وهو مصدر ملؤ الرجل وقال ولقائل أن يقول لما كان الرضا شرطا وجب أن لا يثبت حق الشفعة لا تتفاوت من البائع والمشتري جميعا وحيث ثبت بدونه جاز أن يثبت الاجل كذلك والجواب أن ثبوته بدونه ضروري ولا ضرورة في ثبوت الاجل الى هنا كلامه وقد اختلف في أثره الشارح العيني (أقول) لا يخفى على ذي فطرة سليمة أن ذلك ليس بدليل آخر بل انما هو تمة الدليل السابق ذكره فرفع ما عسى يتوهم أن يقال شرط الاجل وان لم يتحقق بين البائع والشفيع صريحاً ولكن يتحقق بينهما من حيث ان الرضا بالاجل في حق المشتري رضا به في حق الشفيع ووجه الدفع ظاهر من قوله ولتفاوت الناس في الملاة فلا احتياج أصلا الى ما ارتكبه الشارحان المزبوران من تقرير مقدمة لجعل ذلك دليلا مستقلا ويراد سؤال التزام جواب بعينه بل لا وجه للقول بأنه لا بد في الشفعة من الرضا عند من أحاط بمسائل الشفعة خيرا كيف وقد صرحوا بخلافه في مواضع شتى من كتاب الشفعة سيما عند قولهم ويملك الشفيع الدار اما بالتراضي أو بقضاء القاضى حيث جعلوا قضاء القاضى مقابلا للتراضي واعتبروا كل واحد منهما سببا مستقلا للا (قوله) ثم ان أخذها بثمن حال من البائع سقط الثمن عن المشتري لما بينا من قبل وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل كما كان) قال صاحب العناية

ما ذكره في أوخر باب طلب الشفعة وقوله (وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بثمن مؤجل الخ) قوله

(قوله وقوله وليس الرضا دليل آخر) أقول الاظهر أن جواب عما يقال الشرط وان لم يثبت صريحاً فقد ثبت دلالة لان الرضا بتأجيل المشتري رضا بتأجيل الشفيع (قوله لتفاوت الناس في الملاة) أقول أي في الغنى قال المصنف (وليس الاجل وصف في الثمن الخ) أقول سبق ما يتعلق بعدم وصفية الاجل في باب التحالف

يوهم أن الشفيع يملكه يبيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول ما كان مقتضى العقد والاجل يقتضى الشرط فبقي مع من ثبت الشرط في حقه وقوله (وان اختار الانتظار) ظاهر وقوله (لقول أبي يوسف الآخر) احتراز عن قوله الاول وروى ابن أبي مالك أن أبا يوسف (٤٢٩) كان يقول أولا كقوله ما ثم

رجع وقال له أن يأخذها عند حلول الاجل وان لم يطلب في الحال لان الطلب انما هو للاخذ وهو في الحال لا يتمكن منه على الوجه الذي يطلبه لانه انما يريد الاخذ بعد حلول الاجل أو بين مؤجل في الحال ولا يتمكن من ذلك فلا فائدة في طلبه في الحال فسكره لعدم الفائدة في الطلب لا اعراضه عن الاخذ ووجه قوله ما وقوله أولا ما ذكره في الكتاب وفيه اغلاق وتقريره حق الشفعة يثبت بالبيع عند العلم به والشرط الطلب عند ثبوت حق الشفعة ويجوز أن يكون تقريره هكذا الشرط الطلب عند حق الشفعة وحق الشفعة انما يثبت بالبيع فيشترط الطلب عند العلم به وأما الاخذ فانه يتراخي عن الطلب فيجوز أن يتأخر الى انقضاء الاجل وقوله (وهو ممكن من الاخذ في الحال) جواب عن قول أبي يوسف الآخر وتقريره لا نسلم أن المقصود به الاخذ ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بممكن من الاخذ في الحال بل هو ممكن منه بأن يؤدي الثمن حالا

وان اختار الانتظار له ذلك لان له أن يلتزم زيادة الضرر من حيث النقدية وقوله في الكتاب وان شاء صبر حتى ينقضي الاجل مراده الصبر عن الاخذ أما الطلب عليه في الحال حتى لو سكت عنه بطلت شفيعته عند أبي حنيفة ومحمد خلافا لقول أبي يوسف الآخر لان حق الشفعة انما يثبت بالبيع والاخذ يتراخي عن الطلب وهو ممكن من الاخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع قوله وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بئس مؤجل الخ يوههم أن الشفيع يملك يبيع جديد وهو مذهب بعض المشايخ كما تقدم وليس كذلك بل هو بطريق تحول الصفقة كما هو المختار لكن يتحول ما كان مقتضى العقد والاجل مقتضى الشرط فبقي مع من ثبت الشرط في حقه اه واقتضى أثره الشارح العيني (أقول) هذا خط فاحش منه ما مداره عدم الفرق بين ما اذا قبضها المشتري فأخذها الشفيع من يده وبين ما اذا لم يقبضها المشتري وأخذها الشفيع من يد البائع فان الاختلاف في ان الدار المشقوعة هل تنتقل الى الشفيع بطريق تحول الصفقة أم بعد جديد انما هو فيما اذا أخذها الشفيع من يد البائع قبل أن يقبضها المشتري وأما فيما اذا أخذها الشفيع من يد المشتري بعد ان قبضها فلم يقل أحد بان انتقالها الى الشفيع هناك بطريق تحول الصفقة ولا يجعل له أصلا وانما هو بطريق عقد جديد بالاجماع ولقد نادى اليه قول المصنف في أواخر باب طلب الشفعة والخصومة فيها بخلاف ما اذا قبضه المشتري فأخذ من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض وفي الوجه الاول امتنع قبض المشتري وأنه يوجب الفسخ اه فالصواب أن قول المصنف فهنا ثم ان أخذها بئس حال من البائع سقط الثمن عن المشتري إشارة الى صورة أخذها من يد البائع قبل أن يقبضها المشتري وقوله لما بينا من قبل إشارة الى ما ذكره في باب طلب الشفعة والخصومة فيهما من أن العقد يفسخ في حق الاضافة الى المشتري وتحول الصفقة الى الشفيع على ما هو المختار فان قوله وان أخذها من المشتري رجع البائع على المشتري بئس مؤجل كما كان إشارة الى صورة أخذها من يد المشتري بعد أن قبضها وقوله لان الشرط الذي جرى بينهما لم يبطل بأخذ الشفيع فبقي موجه فصار كما اذا باعه بئس حال وقد اشتراه مؤجلا إشارة الى أن تلك الشفعة في هذه الصورة بعقد جديد كانه عليه في الباب المزبور بقوله بخلاف ما اذا قبضه المشتري فأخذ من يده حيث تكون العهدة عليه بالقبض لانه تم ملكه بالقبض اه فكان كل من المسألتين المذكورتين هنا مطابقا لما صرح به في الباب المزبور فلا غبار على شيء منهما أصلا (قوله وهو ممكن من الاخذ في الحال) بأن يؤدي الثمن حالا فيشترط الطلب عند العلم بالبيع (قال صاحب العناية قوله وهو ممكن من الاخذ في الحال) جواب عن قول أبي يوسف الآخر وتقريره لا نسلم أن المقصود به الاخذ ولئن كان فلا نسلم أنه ليس بممكن من الاخذ في الحال بل هو ممكن منه بأن يؤدي الثمن حالا انتهى (أقول) فيه نظر أما أولا فلان المصنف لم يتعرض فيما قبل لدليل قول أبي يوسف الآخر كما ترى فالتصدي للجواب عنه بمنع بعض مقدماته كما قرره الشارح المزبور بعيد جدا بل هو خارج عما عليه دأب المصنف في نظائره وأما ثانيا فلان منع كون المقصود به الاخذ كما ذكره الشارح المزبور في أول التقرير يرعا لاي فهم من عبارة المصنف في قوله المذكور بوجه من وجوه الدلالات فكيف يسح حمل كلام المصنف عليه وأما ثالثا

(قوله لان الطلب انما هو للاخذ) أقول وهو المقصود من الطلب قال المصنف (وهو ممكن من الاخذ في الحال) أقول وهذا دليل على ثبوت حق الشفعة في الحال (قوله وتقريره لا نسلم الخ) أقول فيه بحث الآن المراد الاخذ في الحال

قال (واذا اشترى ذى دار بحر أو خنزير وشفعها ذى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) وجهه ظاهر وقوله وشفيعها ذى احتراز عما إذا كان مرتدافا له شفعة له سواء قتل على رذته أو مات أو لحق بدار الحرب ولا لورثته لأن الشفعة لا تورث (وان كان شفيعها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) قال المصنف أما الخنزير فظاهر يعنى لكونه من ذوات القيم واستشكل بأن قيمة الخنزير لها حكم عين الخنزير وله هذا اليعسر العاشر عن قيمته كما تقدم في باب من يمر على العاشر وأجيب بأن مراعاة حق الشفيع واجبة بقدر الامكان ومن ضرورة ذلك دفع قيمة الخنزير بخلاف ما إذا مر على العاشر وطريق معرفة قيمة الخنزير والخمر الرجوع الى من أسلم من أهل الذمة أو من تاب من فسقة المسلمين فان وقع (٤٣٠) الاختلاف في ذلك فالقول فيه قول المشتري مثل ما إذا اختلف

الشفيع والمشتري في مقدار الثمن وإذا أسلم أحد المتبايعين والخمر غير مقبوضة انتفض البيع لفوات القبض المستحق بالعقد والاسلام يمنع قبض الخمر بحكم البيع كما يمنع العقد على الخمر ولكن لا يبطل حق الشفيع في الشفعة لأن وجوب الشفعة بأصل البيع وقد كان صحيحا وبقاؤه ليس بشرط أبقاء الشفعة وباقي كلامه ظاهر قال

\*(فصل)\* الأصل في المشفوع عدم التغير والتغير بالزيادة والنقصان بنفسه أو بفعل الغير عارض فكان جديرا بالتأخير في فصل على حدة (واذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء أخذ الارض بالثمن الذى اشتراه به

قال (واذا اشترى ذى بحر أو خنزير دارا وشفعها ذى أخذها بمثل الخمر وقيمة الخنزير) لأن هذا البيع مقضى بالصحة فيما بينهم وحق الشفعة يعم المسلم والذى والخمر لهم كمثل لنا والخنزير كالشاة فأخذ في الاول بمثل والثاني بالقيمة قال (وان كان شفيعها مسلما أخذها بقيمة الخمر والخنزير) أما الخنزير فظاهر وكذا الخمر لا امتناع التسليم والتسلم في حق المسلم فالنحو بغير المثل وان كان شفيعها مسلما وذنبا أخذ المسلم نصفها بنصف قيمة الخمر والذى نصفها بنصف مثل الخمر اعتبارا للبعض بالكل فلو أسلم الذى أخذها بنصف قيمة الخمر لعجزه عن تعليق الخمر وبالإسلام يتأكد حقه لأن يبطل فصار كما إذا اشتراها بكثر من رطب فحضر الشفيع بعد انقطاعه بأخذها بقيمة الرطب كذا هذا

فصل (واذا بنى المشتري فيها أو غرس ثم قضى للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ان شاء أخذها بالثمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعها)

فلان قوله ولئن كان قد سلم أنه ليس يتمكن من الأخذ في الحال بل هو ممكن منه بأن يؤدي الثمن حالا مما لا يكاد يصلح أن يكون جوابا عن دليل قول أبي يوسف الآخر في هذه المسئلة لأن دليله على ما ذكر في المبسوط وفي شرح هذا الكتاب حتى العناية نفسها أن الطلب غير مقصود بعينه بل للأخذ وهو في الحال لا يتمكن من الأخذ على الوجه الذى يطلبه وهو الأخذ بعد حلول الاجل أو الأخذ في الحال بثمن مؤجل فلا فائدة في طلبه في الحال فسكوته لأنه لم يرفعه فائدة لا لاعتراضه عن الأخذ انتهى ولا يذهب على ذى مسكة أن منع عدم تمكنه من الأخذ في الحال بناء على تمكنه منه بأن يؤدي الثمن حالا لا يجدي طائلا في دفع ما ذكر في دليله من أنه في الحال لا يتمكن من الأخذ على الوجه الذى يطلبه فان أداء الثمن حالا ليس على الوجه الذى يطلبه وليس بلازم له البتة وخلاف أبي يوسف في قوله الآخر فيما إذا لم يحتقر الشفيع أخذها بثمن حال بل اختار الانتظار الى حلول الاجل فكيف يكون تمكنه من الأخذ في الحال بأن يؤدي الثمن حالا جوابا عن ذلك والحق أن يمسح قول المصنف وهو يتمكن من الأخذ في الحال الخ على تميم دليل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله بأن يجعل دليلا بحسب المعنى على ثبوت حق الشفعة له بالبيع كما يدل عليه تقرير صاحب الكافي وكثير من الشراح أخذوا من المبسوط حيث قالوا بعد ذكر وجه قول أبي يوسف الآخر وجهه ظاهر الرواية أن حقه في الشفعة قد ثبت بدليل أنه لو أخذ بثمن حال كان ذلك والسكوت عن الطلب بعد ثبوت حقه مبطل شفعته انتهى تبصر

مسائل هذا الفصل مبنية على تغير المشفوع اما بالزيادة أو بالنقصان بنفسه أو بفعل

المشتري وقيمة البناء والغرس وان شاء كلف المشتري قلعها

الغير

(قوله وأجيب بأن مراعاة حق الشفيع واجبة) أقول وتقرر بالجواب في شرح الكاكي هكذا قيمة الخنزير كعين الخنزير بمعنى ولكن في كونها بمنزلة الخنزير شبهة فلما كان متضمنا إبطاله حق العبد لم يعمل لهذه الشبهة بل يعمل بالشبهة فيما إذا لم يكن متضمنا إبطال حق الغير وفي مسائلنا يضمن إبطال حق الغير فلم يعمل بها بخلاف ما إذا مر على العاشر وفي شرح الكنزير لم يعمى انما يحرم عليه تعليقها إذا كانت القيمة بدلا عن الخنزير أو ما إذا كانت بدلا عن غيره فلا يحرم وهنا بدل عن الدار لا عن الخنزير وانما الخنزير يقدر بقيمته بدل الدار فلا يحرم عليه تعليقها

\*(فصل)\* وإذا بنى المشتري

وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع ويخبر بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك (وهو أحد قول الشافعي وله قول آخر وهو أنه أن يقلع ويعطى قيمة البناء ولا يبي يوسف أنه محقق في البناء لأنه بناء على أنه ملكه والمحقق في شيء لا يكلف قلعه لأن التكليف بالقلع من أحكام العدوان واستوضح ذلك بالموهوب له فإنه إذا بنى ليس للواهب (٤٣١) أن يكلفه القلع ويرجع في

الأرض وبالمشتري شراء فاسدا إذا بنى وبالمشتري إذا زرع فإنه ليس له أن يكلفه قلع الزرع اتفاقا (وهذا) أي ما قلناه أنه لا يكلف (إن في إيجاب الأخذ بالثمن دفعه على الضررين) ضررا للمشتري وهو القلع من غير عوض بقباله (بمحمل الأدنى) وهو زيادة الثمن على الشفيع بقيمة البناء لوجوب ما قبلاهما وهو البناء والغرس فيجب المصير إليه (وجهه) ظاهر الرواية أن المشتري بنى في محل قلعه بوجه حق مؤكدا للغير بحيث لا يقدر على إسقاطه جبرا (من غير تسليم من جهة من له الحق) وكل من بنى في ذلك نقض بناءه كالراهن إذا بنى في المرهون وقوله من غير تسليم من جهة من له الحق احتراز عن الموهوب له والمشتري بالشراء التماسا فإن بناءهما حصل بتسليم الواهب والبائع (وهذا) أي نقض البناء لحق الشفيع (لأن حقه أقوى من حق المشتري) ويجوز أن يكون هذا بيانا لكون حق الشفيع

وعن أبي يوسف أنه لا يكلف القلع ويخبر بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك (وهو قال الشافعي الآن عنده أن يقلع ويعطى قيمة البناء لا يبي يوسف أنه محقق في البناء لأنه بناء على أن الدار ملكه والتكليف بالقلع من أحكام العدوان وصار كالموهوب له والمشتري شراء فاسدا وكما إذا زرع المشتري فإنه لا يكلف القلع وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بمحمل الأدنى فيصار إليه ووجه ظاهر الرواية أنه بنى في محل تعلق به حق من كذا الغير من غير تسليم من جهة من له الحق فينقض كالراهن إذا بنى في المرهون وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم عليه ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته بخلاف الهبة والشراء الفاسد عند أبي حنيفة

الغريب فلما كان المتغير فرعاً على غير المتغير كان جديراً بالتأخير في فصل على حدة (قوله وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة دفع أعلى الضررين بمحمل الأدنى فيصار إليه) قال صاحب الهبة في تفسير قول المصنف بهذا أي وهذا المدعي الذي قلناه وهو أن لا يكلف المشتري قلع البناء انتهى وبذلك المعنى فسر سائر الشراح أيضاً ولكن بعبارة شتى فقال صاحب العناية أي ما قلناه أنه لا يكلف وقال صاحب الكفاية أي قول أبي يوسف أنه لا يكلف المشتري قلع البناء وقال صاحب معراج الدراية أي القول بعدم إيجاب القلع وجوب قيمة البناء والغرس وقال الشارح العيني أي ما قلناه من عدم إيجاب القلع وجوب قيمة البناء والغرس (أقول) لقائل أن يقول قد تلخص من جملة ذلك أي المشار إليه بكلمة هذا في قوله وهذا لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة الأصل مدعي أبي يوسف فيلزم أن يكون قوله لأن في إيجاب الأخذ بالقيمة المدعى أن يقول ولأن في إيجاب الأخذ بالقيمة المدعى على ما هو الطريقة المعهودة عند تعدد الأدلة والجواب أن من عادة المصنف في كتابه هذا أنه إذا أراد أن يبين لمية مسألة بعد بيان انتهائنا سلك هذا المسلك إيماء إلى أن مفاد الدليلين مختلف من حيث الأنبة والنية وإن كان الأصل المدعى واحداً وكان ما صار الدليلين على شيئين مختلفين فليكن هذا على ذكر من سلك فاه ينفعك في موارد وقد كنت نهت عليه من قبل أيضاً فلا تغفل (قوله وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري لأنه يتقدم عليه) أقول هنا كلام وهو أن المصنف قال قبل باب طلب الشفعة في تعليل قوله وتلك بالأخذ إذا سلمها المشتري أو حكمهم بها كما أن الملك للمشتري قد تم فلا ينتقل إلى الشفيع إلا بالتراضي أو بقضاء القاضي وبين ذلك وما قاله اتدافع فإن المتفهم فيما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع حيث ثبتت الملك أولاً للمشتري ثم ثبتت منه إلى الشفيع بالتراضي أو بقضاء القاضي وما ذكره هنا صريح في تقدم الشفيع على المشتري فما التوفيق والجواب أن المراد بما ذكره هناك تقدم الشفيع على المشتري في الاستحقاق وبما ذكره هناك تقدم المشتري على الشفيع في الملك والتملك لا غير الاستحقاق ومؤخر عنه إذ قد تقرر فيما قبل باب طلب الشفعة أن الشفعة أحوال الثلاثة الاستحقاق والاستقرار والتملك وأن الأول يثبت باتصال الملك بشرط البيع والثاني بالشهاد والنائب بالأخذ بالتراضي أو بقضاء القاضي فلا تدافع بين الكلامين في المقامين إذ كون الشفيع أقدم في الاستحقاق لا ينافي كون المشتري أقدم في التملك كما لا يخفى (قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد عند أبي حنيفة) وقال جماعة من

متأ كذا (لأنه) أي الشفيع (تقدم عليه) أي على المشتري ولهذا ينقض بيعه وهبته وغيره من تصرفاته كاجارته وجعله مسجداً أو مقبرة فكذلك انقضى تصرفاته غرساً وبناء وقوله (بخلاف الهبة) متصل بقوله من غير تسليم من جهته فلا ينقض وبخلاف الشراء الفاسد معطوف عليه وانما قيد بقوله عند أبي حنيفة

(قوله فإنه ليس له أن يكلف قلع الزرع) أقول يعني ليس للشفيع أن يكلف الخ

لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ولان حق الاسترداد فيه ماضعيف

الشرح ان قول المصنف بخلاف الهبة متصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فان فيه اتسليطاً من جهته (أقول) فيه بحث لان المصنف علل الخلاف المذكور بوجهين أحدهما قوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق وثانيهما قوله ولان حق الاسترداد فيه ماضعيف فلو كان قوله بخلاف الهبة متصلاً بما ذكره هؤلاء الشراح لما صح تعليل الخلاف المذكور بالوجه الثاني لانه ان كانت علة كون حق الاسترداد فيه ماضعيفاً كون التسليط فيه ماضعيفاً من جهة من له الحق كان راجعاً الى الوجه الاول فلا معنى لجعله وجهاً آخر معطوفاً على الاول وان لم تكن علة ذلك كون التسليط فيه ماضعيفاً من جهة من له الحق فلا يصلح أن يكون تعليل الخلاف المتصل بقوله من غير تسليط من جهة من له الحق فالحق عندى أن قوله بخلاف الهبة الخ متصل بمجموع ما ذكر من وجهي ظاهره واية فالعنى أن مضمون هذا الوجه ملابس بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد فحينئذ يكون التعليل بقوله لانه حصل بتسليط من جهة من له الحق ناظراً الى قوله في وجه ظاهره واية من غير تسليط من جهة من له الحق ويكون التعليل بقوله ولان حق الاسترداد فيه ماضعيف ناظراً الى قوله فيه لانه أقوى من حق المشتري فيتم التعليلان مع ابلاغه وقال بهو والشراح انما قيد بقوله عندى أى حنيفة رجسه الله لانه عدم جوار الاسترداد والبائع في الشراء الفاسد اذا بنى المشتري فيما اشتراه انما هو على قول أى حنيفة وأما عندهما فله الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهره واية انتهى (أقول) لقائل أن يقول اذا جاز عندهما الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد أيضاً فكيف يتم قياس أبي يوسف في دليله المذكور في مسئلتنا هذه بقوله وصار كالموهب له والمشتري شراء فاسداً فان جواز الاسترداد في الشراء الفاسد ينال في قياس المشتري في مسئلتنا هذه على المشتري شراء فاسداً في أنه لا يكافى العلم كما هو مذهب أبي يوسف هنا فان قلت يجوز أن يكون مراده بقوله والمشتري شراء فاسداً في دليله المذكور بمجرد الاحتجاج على أبي حنيفة بمذهبه في الشراء الفاسد كما أفصح عنه صاحب غاية البيان حيث قال في شرح قوله والمشتري شراء فاسداً هذا احتجاج من أبي يوسف على أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة قلت ذلك بعيد عن عبارة الكتاب جداً لان قياسه المزبور لم يذ كر بصدد الجواب عما قاله صاحباه بل ذكر بصدد اثبات مدعاه فكيف يصلح أن يكون لجرد الاحتجاج على الخصم سبباً على أبي حنيفة فقط من مذهبه في الشراء الفاسد \* ثم أقول الاوجه في التوجيه أن يقال ان لابي يوسف في البناء بعد الشراء الفاسد قولين أحدهما ان للبائع حق استرداد المبيع بعد ذلك وقد ذكره المصنف في فصل أحكام البيع الفاسد من كتاب البيوع وثانيهما أنه ليس للبائع ذلك كما قاله أبو حنيفة وقد نقله صاحب العناية هناك عن الايضاح حيث قال وذ كر في الايضاح ان قول أبي يوسف هذا هو قوله الاول وقوله آخرامع أبي حنيفة ه وكذا لابي يوسف في مسألة اهذه قولان أحدهما ما ذكره المصنف بقوله وعن أبي يوسف أنه لا يكافى الخ وهذا ما رواه الحسن بن زياد وثانيهما مثل ما قاله أبو حنيفة ومحمد وزفر وهو الذي ذكر في الكتاب بأن قال فهو بالخيار ان شاء أخذها باليمن وقيمة البناء والغرس وان شاء كاف المشتري قلعه وهذا رواية محمد عن أبي يوسف ورواية ابن سماعة وبشر بن الوليد وعوى بن الجعد والحسن بن أبي مالك عنه صرح بذلك كله أبو الحسن الكرخي في مختصره وذ كر في غاية البيان واذ قد كان الامر كذلك فيجوز أن يكون قياس أبي يوسف قوله والمشتري شراء فاسداً في الاستدلال على أحد قوليه في هذه المسئلة سبباً على قوله الآخر من قوليه في مسألة البناء بعد الشراء الفاسد وهو أن لا يكون للبائع حق الاسترداد كما هو قول أبي حنيفة فيها ويكون تقييد المصنف قوله وبخلاف الشراء الفاسد بقوله عند أبي حنيفة احترازاً عن قول محمد وعن أحد قولي أبي يوسف فيه هو قوله الاول كما عرفت فتدبر

لان عدم استرداد البائع في الشراء الفاسد اذا بنى المشتري في المشتري انما هو قوله وأما عندهما له الاسترداد بعد البناء كالشفيع في ظاهر الرواية (قوله ولان حق الاسترداد) معطوف على قوله لانه حصل (قوله فيهما) أى في الهبة والبيع الفاسد (ضعيف)



(ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق) أي حق الشفعة (يبقى) ولا يلزم من عدم تكليف القلع لحق ضعيف عدمه لحق قوي قبل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة فلا يستدل به لا يبيح والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أولانه لما كان ثابتاً لدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما وقوله (ولا معنى لاحتياج القيمة ارجع الى أول الكلام يعني اذا كنت التكاليف بالقلع فلا معنى لاحتياج القيمة على الشفيع لان الشفيع بمنزلة المسحوق المات تروى اذ بنى أو غرس (٣٠) ثم استحق رجوع المشتري بالثمن بقيمة

ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى فلا معنى لاحتياج القيمة ثم استحق ولو زعم غير ذلك وانما لا يقطع استحساناً لان نهاية معلومة ويبقى لاجر المير فيه كثير ضرر واباً عنه ما قيمته يعتبر قيمته معلومة كما بينا في الغصب ولو اخذها الشفيع فبني فيها أو غرس ثم سحقت رجوع الثمن) تبين انه أخذ به غيره حق ولا يرجع بقيمة البناء والغرس لا على البائع ان أخذها منه ويعد على المشتري ان أخذها منه وعن أبي يوسف انه يرجع لانه متملك عليه منزلة لبيع الثمن والمشتري والفرق على ما هو المشهور ان المشتري مغرور ومن جهة البائع ومسلط عليه من جهة ولا عور ولا تسلط في حق الشفيع من المشتري لانه مجبور عليه

(قوله ولهذا لا يبقى بعد البناء وهذا الحق يبقى) قال صاحب غاية البيان هذا الايضاح لضيق القول في الهبة والشراء الفاسد ولكن فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة لا على مذهب أبي يوسف فكيف يحتج بمذهب أبي حنيفة على صحة مذهب أبي يوسف أن يقول هذا مذهبك لا مذهبي وعندى حق الاسترداد بعد البناء في الشراء الفاسد اه (اقول) نظره ساقط جدا لان هذا الايضاح من متفرعات قوله بخلاف الهبة وبخلاف الشراء الفاسد وقوله ذلك جواب عن قياس أبي يوسف على الموهوب له والمشتري شراء فاسد كما صرح بذلك الناصر وغيره وقياسه على المشتري شراء فاسد انما يخفى على القل بغيره بقا حق الاسترداد للبائع بعد ان بنى المشتري شراء فاسداً فان كان مراده بقياس المذكور اثبات دعاه كما هو الظاهر من عبارة الكتاب على ما بينا عليه من قبل كان قياسه المذكور ينبغي على قوله لاخره مثله لاسترداده كقول أبي حنيفة فليس له أن يقول هذا مذهبك لا مذهبي وان كان مراده بقياسه المذكور بمجرد الاحتياج الى أبي حنيفة بمذهب أبي حنيفة كما ذهب اليه ذلك الناظر في شرح ذلك انما هو شرط في الاحتياج عليه بما ذكره من الفرق والاضاح على مذهب أبي حنيفة لتول ذلك ناظر في كيفية الاحتياج مذهب أي حنيفة على صحة مذهب وأجاب صاحب الغنية عن نظر المذمور بوجهين آخرين حيث قال قبل فيه نظر لان الاسترداد بعد البناء في البيع الفاسد انما لا يبقى على مذهب أبي حنيفة فلا يستدل به لا يبيح والجواب أنه يكون على غير ظاهر الرواية أولانه لما كان ثابتاً لدليل ظاهر لم يعتبر بخلافهما اه كلامه (أقول) في كل من وجهي الجواب نظر أسنى لان المذمور لم يبيح بوجه ظاهر ظاهر الرواية كما ترى فلا مجال لحل كلامه المذكور في ذلك المذهب عن غير ظاهر الرواية من الثاني والظاهر ان الدليل الظاهر الذي كان عدمه باق في الاسترداد لنا في الشراء فاسداً ثابتاً انما هو حصول ذلك الشراء بتسليم من جهة من الحق وهو ثم كونه من جهة فاه كذا دليلاً على ذلك في موضعه دون غيره وقد جعله المصنف هنا ابداً فليس يبيح ما دلل الثاني الذي كلاماً تبصر تفهم (قوله والفرق بين ما رواه شري من جهة الآخر ومسلط عليه ولا تسلط ولا غرور في حق الشفيع من المشتري انه مجبور عليه) قول كان الثاني

(٥٥ - تكمله سابع) (ولو اخذها الشفيع من غيره رعرس واستحققت لارضه) لا غرور من البائع أو المشتري (لانه تبين ان اخذه كان بغير حق) من أبي يوسف أو غيره يعني ان البائع لم يبيح له ان يبيع من المشتري ثم المشتري في صورة الاستحقة ان يرجع على البائع أو يرجع الى المشتري من جهة الآخر من الرضا ما ذكره (ان المشتري مغرور) ودون ذلك لبياع والغرس (من جهة الآخر) ولا تسلط ولا غرور من المشتري انه مجبور عليه

(قوله قبل فيه نظر) اقول الباعل هو الاتقاني

قَالَ (وَإِذَا انْهَدَمَتِ الدَّارُ الْبَاطِلُ) كَلَامُهُ (٤٣٤) ظَاهِرٌ وَالتَّأَمُّلُ فِيهِ يَرُشِدُ إِلَى أَنَّ فِي قَوْلٍ مِنْ قَالِ انْهَدَمَ عَمَّا أَنَّ الْبِنَاءَ إِذَا

قَالَ (وَإِذَا انْهَدَمَتِ الدَّارُ أَوْ احْتَرَقَ بِنَاؤُهَا أَوْ جَفَّ شَجَرُ الْبَسْتَانِ بِغَيْرِ فِعْلٍ أَحَدُ الشَّفِيعِ بِالْخِيَارِ انْ شَاءَ أَخَذَهَا بِجَمِيعِ الثَّمَنِ) لِأَنَّ الْبِنَاءَ وَالْغَرْسَ تَابِعٌ حَتَّى دَخَلَ فِي الْبَيْعِ مِنْ غَيْرِذِ كَرَفَلَا يُقَابَلُهُمَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ مَا لَمْ يَصْرَفْ مَقْصُودًا وَلِهَذَا جَازَبُهُمَا مَرَّاجَةً بِكُلِّ الثَّمَنِ فِي هَذِهِ الصُّورَةِ بِخِلَافِ مَا إِذَا غَرِقَ نَصْفُ الْأَرْضِ حَيْثُ بِأَخْذِ الْبَاقِي بِحَصَّتِهِ لِأَنَّ الْفَائِضَ بَعْضُ الْأَصْلِ قَالَ (وَإِنْ شَاءَ تَرَكْتُ) لِأَنَّهُ لَا أَنْ يَمْتَنِعَ عَنْ تَمْلُكِ الدَّارِ بِمَالِهِ قَالَ (وَإِنْ نَقَضَ الْمُشْتَرِي الْبِنَاءَ قَبْلَ الشَّفِيعِ أَنْ شَتَّتَ فِي ذَلِكَ الْعَرِصَةِ بِحَصَّتِهَا وَأَنْ شَتَّتَ فِدْعَ) لِأَنَّهُ صَارَ مَقْصُودًا بِالْإِتْلَافِ فَيُقَابَلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ بِخِلَافِ الْأَوَّلِ لِأَنَّ الْهَلَاكَ بِأَقْفَسِهِ مَبَاوِيهِ (وَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ النِّقْضَ) لِأَنَّهُ صَارَ مَقْصُودًا فَلَمْ يَبْقَ تَبَعًا قَالَ (وَمِنْ ابْتِنَاعِ أَرْضًا وَعَلَى تَحْلِيلِهَا غَرَأَخَذَهَا الشَّفِيعُ بِثَمْرِهَا) وَمَعْنَاهُ إِذَا ذَكَرَ الثَّمَرُ فِي الْبَيْعِ لِأَنَّهُ لَا يَدْخُلُ مِنْ غَيْرِذِ كَرَوْهَذَا الَّذِي ذَكَرَهُ اسْتَحْسَانٌ وَفِي الْقِيَاسِ لَا يَأْخُذُهُ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِتَبَعٍ أَلَا يَرَى أَنَّهُ لَا يَدْخُلُ فِي الْبَيْعِ مِنْ غَيْرِذِ كَرَفَاشَةِ الْمَتَاعِ فِي الدَّارِ وَجِهَ اسْتَحْسَانُهُ أَنَّهُ بِاعْتِبَارِ الْإِتِّصَالِ صَارَ تَبَعًا لِلْعَقَارِ كَالْبِنَاءِ فِي الدَّارِ وَمَا كَانَ مِنْ كِبَافِيهِ فَيَأْخُذُهُ الشَّفِيعُ قَالَ (وَكَذَلِكَ إِنْ ابْتِنَاعَهَا وَلَيْسَ فِي التَّخِيلِ غَرَفَاتُ فِي بَدَنِ الْمُشْتَرِي) يَعْنِي بِأَخْذِ الشَّفِيعِ لِأَنَّهُ مَبِيعٌ تَبَعًا لِأَنَّ الْبَيْعَ سَرَى إِلَيْهِ عَلَى مَا عُرِفَ فِي وَلَدِ الْمَبِيعِ قَالَ (فَإِنْ جَدَّه الْمُشْتَرِي ثُمَّ جَاءَ الشَّفِيعُ لَا يَأْخُذُ الثَّمَرَ فِي الْفَصْلَيْنِ جَمِيعًا) لِأَنَّهُ لَمْ يَبْقَ تَبَعًا لِلْعَقَارِ وَقَدْ اخْتُصِمَ صَارَ مَقْصُودًا فَصُلُوهُ عَنْهُ وَلَا يَأْخُذُهُ قَالَ فِي الْكِتَابِ (وَإِنْ جَدَّه الْمُشْتَرِي سَقَطَ عَنْ الشَّفِيعِ حَصَّتُهُ) قَالَ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ (وَهَذَا جَوَابُ النَّصْلِ الْأَوَّلِ) لِأَنَّهُ دَخَلَ فِي الْبَيْعِ مَقْصُودًا فَيُقَابَلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ (أَمَّا فِي الْفَصْلِ الثَّانِي بِأَخْذِ مَا سَوَى الثَّمَرِ بِجَمِيعِ الثَّمَنِ) لِأَنَّ الثَّمَرَ لَمْ يَكُنْ مُوجُودًا عِنْدَ الْعَقْدِ فَلَا يَكُونُ مَبِيعًا لِاتِّبَاعِهِ فَلَا يُقَابَلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ وَاللَّهُ أَعْلَمُ

أَنْ يُقَالَ وَلَا غَرُورٌ وَلَا تَسْلِيْطٌ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ لِأَنَّ الْبَائِعَ وَالْمُشْتَرِيَّ لَيْسَ مَا أَخَذَهُ مِنَ الْبَائِعِ وَمَا أَخَذَهُ مِنَ الْمُشْتَرِيَّ وَيُطَابِقُ قَوْلُهُ فَيَمَاقِلُ وَلَا يَرْجِعُ بِقِيَمَةِ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ لِأَعْلَى الْبَائِعِ أَوْ أَخَذَهُ مِنْهُ وَلَا عِلَّةَ الْمُشْتَرِيَّ أَنْ أَخَذَهُ مِنْهُ وَعَنْ هَذَا قَالُوا فِي الْكَافِي وَالْأَغَرُورِيُّ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ لِأَنَّهُ تَمْلُكٌ عَنْ صَاحِبِ الْيَدِ جَبْرًا بِغَيْرِ اخْتِيَارٍ مِنْهُ وَقَالَ فِي النِّهَايَةِ نَقْلًا عَنْ الْمَسُوطِ وَالْأَغَرُورِيُّ فِي حَقِّ الشَّفِيعِ لِأَنَّ جَانِبَ الْبَائِعِ وَالْمُشْتَرِيَّ جَانِبَ الْمُشْتَرِيَّ لِأَنَّهُ تَمْلُكٌ عَنْ صَاحِبِ الْيَدِ جَبْرًا مِنْ غَيْرِ اخْتِيَارٍ فَلَا يَرْجِعُ إِذَا وَرَدَ صَاحِبُ الْأَصْلَاحِ وَالْإِيضَاحُ التَّعْلِيلُ بِالْأَخْذِ جَبْرًا حَيْثُ قَالَ أَعْلَى لَا يَرْجِعُ بِقِيَمَةِ الْبِنَاءِ وَالْغَرْسِ عَلَى أَحَدٍ لِأَنَّهُ أَخَذَ جَبْرًا لِأَنَّهُ لَا يَمْتَنِعُ شَيْءٌ فِيمَا أَخَذَ بِالرَّضَا بَلْ لِأَنَّهُ لَيْسَ بِغَرُورٍ وَالْمُشْتَرِيَّ انْتِخَارًا يَرْجِعُ عَلَى الْبَائِعِ لِأَنَّهُ مَغْرُورٌ مِنْ جِهَتِهِ (أَقُولُ) لَيْسَ ذَلِكَ بِشَيْءٍ لِأَنَّ قِيَمَةَ الْجَبْرِ مَا خُوذَ فِي تَعْرِيفِ الشَّفِيعَةِ عَلَى مَا ذَكَرَ فِي عَامَةِ الْكِتَابِ حَتَّى إِنْ ذَلِكَ الرَّادُّ نَفْسَهُ أَيْضًا أَخَذَ ذَلِكَ الْقِيَمَةَ فِي تَعْرِيفِهَا حَيْثُ قَالَ فِي مَتْنِهِ الشَّفِيعَةُ تَمْلُكٌ مَبِيعٌ عَقَارٌ جَبْرًا تَمْلُكٌ مِنْهُ وَفَسَّرَ فِي شَرْحِهِ قِيَمَةَ جَبْرِ بَعْضٍ بِمَعْنَى بِمُصَرَّةِ الْأَخْذِ بِالرَّضَا أَيْضًا حَيْثُ قَالَ يَعْنِي لَا يَعْتَبَرُ اخْتِيَارُهُ لِأَنَّهُ يَعْتَبَرُ عَدَمُ اخْتِيَارِهِ وَلَا يَخْتَفِي أَنْ تَوْجِيهِ هُنَاكَ هُوَ التَّوْجِيهِ هَهُنَا وَلَا يَخْتَلِفُ بِالْفَرْقِ بَيْنَ الْمُشْتَرِيِّ وَالْبَائِعِ وَبَيْنَ الشَّفِيعِ مَعَ خُصْمِهِ لِتَمَامِ ذَلِكَ الْفَرْقِ بِاعْتِبَارِ الْإِخْتِيَارِ فِي الْأَوَّلِ وَعَدَمِ اعْتِبَارِهِ فِي الثَّانِي وَلَا يَتَوَقَّفُ عَلَى اعْتِبَارِ الْإِخْتِيَارِ فِي الْأَوَّلِ وَاعْتِبَارِ عَدَمِهِ فِي الثَّانِي تَأْمَلْ تَقَفَ بَقِيَ شَيْءٌ فِي كَلَامِ صَاحِبِ الْأَصْلَاحِ وَالْإِيضَاحِ وَهُوَ أَنَّهُ نَفْسُ كَوْنِ مَدَارِ الْفَرْقِ الْجَبْرِ وَالْإِخْتِيَارِ وَحُكْمُ أَنَّ مَدَارَهُ الْغَرُورُ وَعَدَمُ الْغَرُورِ فَلِهَذَا ثَلَاثُ أَنْ يَقُولَ إِنْ كَانَ سَبَبُ الْغَرُورِ فِي الْمُشْتَرِيَّ وَعَدَمُ الْغَرُورِ فِي الشَّفِيعِ كَوْنُ الْبَائِعِ مُحْتَارًا وَخُصْمُ الشَّفِيعِ مُجْبُورًا كَمَا هُوَ الظَّاهِرُ مِنْ تَقْرِيرِ الْمُصَنِّفِ يُلْزِمُ الْمَصِيرَ إِلَى مَا نَفَاهُ وَإِنْ كَانَ سَبَبُهُ غَيْرَ ذَلِكَ فَهُوَ غَيْرُ وَاضِعٍ سِيمَا بَيْنَ الشَّفِيعِ

أَحْتَرَقَ لَمْ يَسْقُطْ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ عَنْ الشَّفِيعِ وَإِذَا غَرِقَ بَعْضُ الْأَرْضِ سَقَطَ حَصَّتُهُ مِنَ الثَّمَنِ فَكَانَ مِنْهُمْ أَعْتَبَرُوا فَعَلِ الْمَاءُ دُونَ النَّارِ تَعْسَفًا لِقَلَّةِ التَّأَمُّلِ فَإِنْ مَنَسَا الْفَرْقَ لَيْسَ فِعْلُ الْمَاءِ وَأَعْلَى مَنَسُوهُ أَنْ الْبِنَاءَ وَصَفَ وَالْأَوْصَافَ لَا يُقَابَلُهُمَا شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ إِذَا قَاتَ مِنْ غَيْرِ صَنَعَ أَحَدًا وَمَا بَعْضُ الْأَرْضِ فَلَيْسَ بِوَصْفٍ لِبَعْضِ آخَرٍ فَلَا يَدْخُلُ مِنْ اسْقَاطِ حَصَّةٍ مَا غَرِقَ مِنَ الثَّمَنِ (وَإِنْ نَقَضَ الْمُشْتَرِي الْبِنَاءَ) فَالشَّفِيعُ إِنْ شَاءَ أَخَذَ الْعَرِصَةَ بِحَصَّتِهَا مِنَ الثَّمَنِ وَإِنْ شَاءَ تَرَكْتُ لِأَنَّ الْبِنَاءَ صَارَ

مَقْصُودًا بِالْإِتْلَافِ وَيُقَابَلُهُ شَيْءٌ مِنَ الثَّمَنِ وَقَدْ مَرَفَى الْيُسُوعُ (وَلَيْسَ لِلشَّفِيعِ أَنْ يَأْخُذَ النِّقْضَ) لِأَنَّهُ صَارَ مَقْصُودًا فَلَمْ يَبْقَ تَبَعًا) فَبَقِيَ مَنْقُولًا وَلَا شَفْعَةَ فِيهِ وَقَوْلُهُ (وَمِنْ ابْتِنَاعِ أَرْضًا) ظَاهِرٌ وَقَوْلُهُ (وَمَا كَانَ مِنْ كِبَافِيهِ) يَعْنِي مِثْلَ الْأَبْوَابِ وَالسَّرَرِ الْمُرَكَّبَةِ وَقَوْلُهُ (عَلَى مَا عُرِفَ فِي وَلَدِ الْمَبِيعَةِ) يَعْنِي أَنَّ الْجَارِيَةَ الْمَبِيعَةَ إِذَا وَلَدَتْ وَلَدًا قَبِلَ قَبْضُ الْمُشْتَرِيَّ بِسَرَى حُكْمِ الْبَيْعِ إِلَى الْوَلَدِ حَتَّى يَكُونَ الْوَلَدُ مِلْكًا لِلْمُشْتَرِيَّ كَالْأَمِّ وَقَوْلُهُ (فِي الْفَصْلَيْنِ) بِرِيدِهِ مَا إِذَا كَانَ فِي التَّخْلِ غَرُورٌ وَقَدْ شَرَاهُ ثُمَّ حَذَّاهُ الْمُشْتَرِيَّ وَمَا إِذَا لَمْ يَكُنْ ثُمَّ غَرَّ شَرَاهُ

جَاءَ الشَّفِيعُ لِاتِّحَادِ الْعِلَّةِ وَهُوَ عَدَمُ الْإِتِّصَالِ لِأَنَّ التَّبَعِيَّةَ كَانَتْ بِهِ وَقَدْ زَالَتْ وَقَوْلُهُ (فِي الْكِتَابِ) يَعْنِي مَخْتَصَرُ الْقُدُورِيِّ وَاللَّهُ أَعْلَمُ الْآخِذُ

(قَوْلُهُ تَعْسَفًا لِقَلَّةِ التَّأَمُّلِ) أَقُولُ قَوْلُهُ تَعْسَفًا سَمَّيْتُ فِي قَوْلِهِ وَبِالتَّأَمُّلِ فِيهِ يَرُشِدُ إِلَى أَنَّ فِي قَوْلٍ مِنْ قَالِ الْخِ

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

\*) باب ما تجب فيه  
الشفعة وما لا تجب \*

ذكر تفصيل ما تجب فيه  
الشفعة وما لا تجب بعد  
ذكر الوجوب بمجالاته  
التفصيل بعد الإجمال  
قال (الشفعة واجبة في  
العقار الخ) الشفعة واجبة  
أي ثابتة في العقار وهو ما  
أصل من دار أو ضيعة  
(وان كان مما لا يقسم أي  
لا يحتمل القسمة كالجمام  
والرحى وانما يؤخذ  
بالشفعة ما كان متصلا  
بطريق الشفعة فلا تؤخذ  
القصاص مع الجمام لأنها غير  
متصلة والمواد بالرحى بيت  
الرحى والربع الدار والحائط  
البيتان وأصله ما أحاط  
به والحسب بسكون السين  
وقتها في معنى القدر  
واختار الجوهرى الفتح  
وقال انما تسكن في ضرورة  
الشعر وقوله (اذا لم يكن  
طريق العلو فيه) لبيان أن  
استحقاق الشفعة للعلو  
بسبب الجوار لا بسبب  
الشركة وليس لفي الشفعة  
اذا كان له طريق في السفلى  
بل اذا كان له ذلك كان  
استحقاقها بالشركة في  
الطريق لا بالجوار فيكون  
مقدما على الجار

\*) باب ما تجب فيه  
الشفعة وما لا تجب \*

قال (الشفعة واجبة في العقار وان كان مما لا يقسم) وقال الشافعي لاشفعة فيما لا يقسم لان الشفعة  
انما وجبت دفعا للمؤنة القسمة وهذا لا يتحقق فيما لا يقسم ولنا قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة في كل  
شئ عقار أو ربع الى غير ذلك من العمومات ولان الشفعة سبب الاتصال في الملك والحكمة دفع ضرر  
سوء الجوار على ماله وانما ينتظم القسمة ما يقسم وما لا يقسم وهو الجمام والرحى والبئر والطريق قال  
(ولا شفعة في العروض والسفن) لقوله عليه الصلاة والسلام لاشفعة الا في ربع أو حائط وهو حجة  
على مالك في إيجابها في السفن ولان الشفعة انما وجبت لدفع ضرر سوء الجوار على الدوام والملك في  
المنقول لا يدوم حسب دوامه في العقار فلا يلحق به وفي بعض نسخ المختصر ولا شفعة في البناء والنخل  
اذا بيعت دون العرصه وهو صحيح مذكور في الأصل لانه لا قرار له فكان نقليا وهذا بخلاف العلو حيث  
يستحق بالشفعة ويستحق به الشفعة في السفلى اذا لم يكن طريق العلو فيه لانه بماله من حق القرار التحق  
بالعقار

الاخذ بخصمه وبين المشتري من البائع ويمكن الجواب بأن يقال سبب عروور المشتري التزام  
البائع له سلامة المبيع كما يشير اليه تقرير صاحب النهاية حيث قال ان المشتري مغرور ومن جهة البائع  
فيرجع عليه بالثمن وقيمة البناء لدفع العروور وذلك لان البائع التزم للمشتري السلامة اه والظاهر أن  
خصم الشفيع وان رضى بأخذه لكن لم يلتزم له السلامة فافتقر واقعه الموفق للصواب واليه المرجع  
والناب

باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب

ذكر تفصيل ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب بعد ذكر نفس الوجوب بمجالاته التفصيل بعد الإجمال  
كذا في الشروح (قوله الشفعة واجبة في العقار) قال جمهور الشراح العقار كل ماله أصل من دار  
أو ضيعة (أقول) تفسيرهم العقار بهذا الوجه مما ياباه ظاهر الحديث الآتي ذكره في تعليل هذه المسئلة  
وهو قوله عليه الصلاة والسلام الشفعة في كل شئ عقار أو ربع لان الربع هو الدار بعينها كما صرح به  
في كتب اللغة ونص عليه الشراح ههنا وقد عطف ذلك في الحديث المذكور على العقار والعطف  
يقضي المغايرة بين المعطوفين فكيف يتيسر ادراج الدار في معنى العقار اللهم الا أن يجعل ما في  
الحديث من قبيل عطف الخاص على العام كما في قوله تعالى حافظوا على الصلوات والصلاة الوسطى  
لكن التكتة فيه غير واضحة على ان عطف الخاص على العام بكلامه أو مما لم يسمع قط \* ثم أقول  
قال الامام المطرزي في المغرب والعقار الضيعة وقبل كل ماله أصل من دار أو ضيعة اه فلعلم ما وقع  
في الحديث المذكور وادعى أول التفسيرين المذكورين في المغرب للعقار وهو التفسير المختار عند  
صاحب المغرب كما يشعر به تحريره وما ذكره جمهور الشراح ههنا مطابق للتفسير الثاني منهم ما فكأنهم  
اختاروه ههنا لكونه المناسب لأقسام من الشفعة كما ثبتت في الضيعة تثبت في الدار ونحوها أيضا  
على ما صرحوا به \* ثم أعلم انه قال الجوهرى في الصحاح في فصل العين من باب الراء العقار بالفتح الارض  
والضياء والنخل ومنه قوله ماله دار ولا عقار اه وقال في فصل الضاد من باب العينين من الصحاح  
والضيعة العقار والجمع ضياع اه (أقول) في كلامه اختلال لانه فسر العقار أو لا بما يشبه الأقسام  
الثلاثة وهي الارض والضياء والنخل ثم فسر الضيعة التي هي مفرد الضياع بالعقار فلم يفسر الاخص  
بالاعم كما ترى (قوله ولا شفعة في العروض والسفن) لقوله عليه الصلاة والسلام لاشفعة الا في ربع  
أو حائط) أقول فيه شئ وهو ان الظاهر أن وجه الاستدلال به هذا الحديث هو أنه عليه الصلاة



لان هذه الاعواض متقومة عنده فأمكن الاخذ بقيمتها وهو مهر المثل وأجر المثل في التزوج والخلع والابارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق (ان تعذرا لاخذ قيمتهما كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها أصلا) وقوله أى قول الشافعي رحمه الله (يتأق فيما اذا جعل شقصا من دارمهر أو ما يضاويه) أى ما يشابه المهر كبذل الخلع والاجر (لانه لا شفعة عنده الا فيه) حيث لا يرى الشفعة لافي الجوار ولا فيما لا يقبل القسمة كالجسم (ونحن نقول) جواب عن جعله هذه الاعواض متقومة وتقرر به أن تقوم هذه الاعواض اما أن يكون مطلقا أو ضروريا أو الاول منوع والثاني مسلم ولكن لا يظهر في حق الشفعة (قوله وكذا الدم والعرق غير متقوم) وانما أفردهما لان تقومهما أبعد لانهما ليسا بما لين فضلا عن التقوم واستدل على ذلك بقوله (لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب) وهو المالية لان القيمة انما تقوم مقام الغير من حيث المالية لا بغيرها من الاوصاف كالجوهرة وبها الجسمية ولا يتحقق المعنى الخاص فيهما لان العتق اسقاط وازالة الدم ليس الاحق الاستيفاء وليس من جنس (٣٧) ما يتمثل به ويذكر وقوله (وعلى هذا)

ليبان أن الفرض عند العقد وبعده سواء في كونه مقابلا بالبيع بخلاف ما اذا باع الدار بمهر المثل أو بالمسمى فان فيه الشفعة لانه مبادلة المال بالمال واعتبر بأب البيع مهر المثل فاسد لجهااته ولا شفعة في الشراء السادس وأجيب بأنه جاز أن يكون معلوما عندهما وبأنه جهلة في الساقط لا تفضي الى المنازعة والمفسدة ما فاضت اليها (ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفا فلا شفعة في جميع الدار) أى في شئ منها (وقالنا تحب في حصة الالف) نقسم قيمة الدار على مهر المثل وألف درهم (لانه مبادلة مالية في حقه أى في حق ما يخص الالف وأبو حنيفة رحمه الله يقول معنى

ان تعذرا قيمتهما كما في البيع بالعرض بخلاف الهبة لانه لا عوض فيها أصلا وقوله يتأق فيما اذا جعل شقصا من دارمهر أو ما يضاويه لانه لا شفعة عنده الا فيه ونحن نقول ان تقوم منافع البضع في النكاح وغيرها بعقد الابارة ضروري فلا يظهر في حق الشفعة وكذا الدم والعرق غير متقوم لان القيمة ما يقوم مقام غيره في المعنى الخاص المطلوب ولا يتحقق فيه ما وعلى هذا اذا تزوجها بغير مهر ثم فرض لها الدار مهورا لا بد من إزالة المفروض في العقد في كونه مقابلا بالبيع بخلاف ما اذا باعها بمهر المثل أو بالمسمى لانه مبادلة مال بمال ولو تزوجها على دار على أن ترد عليه ألفا فلا شفعة في جميع الدار عند أى حنيفة وقالنا تحب في حصة الالف لانه مبادلة مالية في حقه وهو يقول معنى البيع فيه تابع ولهذا ينقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه ولا شفعة في الاصل فكذا في التبعية ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة حتى ان المضارب اذا باع دارا وفيها ربح لا يستحق رب المال الشفعة في حصة الربح لكونه تابعا فيه

والابارة وقيمة الدار والعبد في الصلح والاعتاق اه (أقول) في قوله وقيمة الدار نظرا ذالك الكلام في قيمة الاعواض التي جعلت بدلا للدار في الصور المذكورة لافي قيمة نفس الدار والعوض في صورة الصلح هو دم العبد فالواجب عند الشافعي قيمة دم العبد على زعمه لاقية الدار لا بقال لما جعل دم العبد عوضا من الدار صارت قيمته قيمة الدار لاننا نقول لو اقتضى هذا القدر أن تصير قيمة أحد العوضين قيمة للآخر لكان قيمة الاعواض المذكورة في الصورة المزبورة كلها قيمة الدار لكون كل منهما عوضا من الدار ولم يقل به أحد بل وقع التصريح بخلافه في سائر الصور في نفس العناية أيضا ثم ان بعض الفصلا لم يتبعه لاجال ما قلنا قال كأن الكلام في قيمة الاعواض لافي قيمة الدار والعبد فتأمل اه (أقول) لم يصب في زيادته العبد والحق بالدار في المؤاخذه فان العبد مأخوذ في جانب الاعواض المقابلة للدار كما يفصح عنه عبارة الكتاب فكأن الكلام في قيمة الاعواض لا ينافي اعتبار قيمة العبد في صورة الاعتاق نعم العوض اعتاق العبد لانفس العبد لكن من يجعل الاعتاق متقوما لا بدله من المصير الى قيمة العبد في تقويمه والكلام هنا على أصله وأما التحقيق من قبلنا فيسجي من بعد (قوله وكذا الدم والعرق غير متقوم) قال في العناية انما أفردهما لان تقومهما أبعد لانهما ليسا بما لين فضلا عن التقوم اه (أقول) فيه

البيع فيه تابع والمقصود هو النكاح (ولهذا ينقد بلفظ النكاح ولا يفسد بشرط النكاح فيه) ولو كان لبيع أصلا يفسد كما لو قال عت منك هذه الدار بألف على أن تزوجني نفسك وقوله (ولان الشفعة) دليل آخر وفيه اشارة الى دفع ما يتأق بالشفعة تفضي الى المبادلة المالية وأما أن تكون هي المقصودة فمنوع ووجهه أن كونها مقصودة لا بد منه ألا ترى أن المضارب اذا كان رأس المال ألفا فالتجر وربح ألفا ثم اشتري بالفين دارا في جوار رب المال ثم باعها بالالفين فان رب المال لا يستحق الشفعة في حصة المضارب من الربح لان الربح تسع لرأس المال وليس في مقابلة رأس المال شفعة لرب المال لان البيع كان لرب المال لان المضارب وكيله في حقه وليس في بيع الوكيل شفعة للوكيل على ما يجبي فكذا في حصة الربح وهو البيع

(قوله وقيمة الدار والعبد) أقول كأن الكلام في قيمة الاعواض لافي قيمة الدار والعبد فتأمل (قوله وانما أفردهما) أقول فيه شئ لا يخفى جوابه قال المصنف (ولان الشفعة شرعت في المبادلة المالية المقصودة) أقول تأمل في التغيرات بين الدليلين



٩ قال (أو يصالح عليها بانكار الخ) عطف الفذوري قوله أو يعتق عليها بعد ما من الصور التي لا يجب فيها الشفعة وليس يصح بلفظ عليها كما وقع في أكثر نسخ المختصر وكلامه ظاهر وقوله (إذا لم يكن من جنسه) أي إذا لم يكن العوض من جنس حقه وقيد بذلك لأنه إذا كان من جنسه بأن يكون بعض المصالح عنه حقه كان أخذ حقه فليس فيه معاوضة فلا تجب الشفعة قوله (ولا شفعة في هبة لما كونا) يعني في قوله بخلاف الهبة أنه لا عوض فيها رأساً (الآب يكون به عوض مشروط) في العقد ولا بد من القبض فإنه إذا وهب داراً ربح على أن يهب الآخر ألف درهم فلا شفعة له فيحسب ما لم يتقبضها ولا بد أن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً لأنه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة لأن الهبة بشرط العوض تبرع ابتداء ومعاوضة انتهاء بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطاً في العقد فإنه لا تثبت الشفعة في الموهوب ولا في العوض أن كان العوض داراً (لأن كل واحد منهما مطلقاً عن العوض إلا أنه أتيب منها فامتنع الرجوع) (٤٣٨) ولا شفعة في البيع بشرط الخيار للبائع لأنه مع زوال الملك عن البائع وبقاء حق البائع

منع الشفعة كما في البيع التماسه ولا نمنع بقاء ملكه كان أولى (فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة) لزوال المانع من الزوال (ر) بشرط الطلب عند سقوط الخيار (في الصحيح) لأن البيع يصير سبباً لزوال الملك عندهما وقوله في الصحيح احتراز عن قول بعض المشايخ أنه يشترط الطلب عند وجود البيع لأنه سبب (قوله وإن اشترى بشرط) ظاهر وقوله (على ممر) شارة إلى قوله من قبل وتجب بعده الرجوع إلى أن قال (والوجه فيه أن الشفعة إنما تجب إذا رغب البائع عن ملك الدار الخ) (قوله وإذا أخذها) أي أخذ الشفع الدار مدة الخيار وجب البيع (وسقط الخيار بخلاف المشتري عن الرد والخيار للشفيع لأنه ثبت بالشرط وهو المشتري

قال (أو يصالح عليها بانكار الخ) قال رضي الله عنه هكذا ذكر في أكثر نسخ المختصر والصحيح أو يصالح عنها بانكاره كان قوله أو يصالح عليها لأنه إذا صالح عنها بانكاره بقي الدار في يده فهو يزعم أنها تزل عن ملكه وكذا إذا صالح عنها بسكوت لأنه يحتمل أنه بذل المال ابتداءً عليه منه وقطعاً لشغب خصمه كما إذا أنكر صريحاً بخلاف ما إذا صالح عنها باقراره لأنه معترف بالملك للبدعي وإنما استفاده بالصالح كان مبداه سالية أما إذا صالح عليها باقراره أو سكوتاً أو انكاره وجبت الشفعة في جميع ذلك لأنه أخذها عوضاً عن جنسه في زعمه إذا لم يكن من جنسه فيعامل برعمه قال (ولا شفعة في هبة لما كونا) لأن تكون بعوض مشروط) لأنه بيع انتفاء ولا بد من القبض وإن لا يكون الموهوب ولا عوضه شائعاً لأنه هبة ابتداء وقد قررناه في كتاب الهبة بخلاف ما إذا لم يكن العوض مشروطاً في العقد لأن كل واحد منهما هبة مطلقاً إلا أنه أتيب منها فامتنع الرجوع قال (ومن باع بشرط الخيار فلا شفعة للشفيع) لأنه يبيع زوال الملك عن البائع (فإن أسقط الخيار وجبت الشفعة) لأنه زال المانع عن الزوال ويشترط الطلب عند ذلك (الخيار الرجوع الصحيح) لأن البيع يصير سبباً لزوال الملك عندهما (وإن اشترى بشرط الخيار رجبت الشفعة) لأنه لا يمنع زوال الملك عن البائع بالاتفاق والشفعة تنبثق عليه على ما مر وإذا أخذها في الذمة وجب انبيع للخبر المشتري عن الرد ولا خيار للشفيع لأنه ثبت بالشرط وهو المشتري دون الشفعين ونبيعته داراً حجبها والخيار لأحدهما فله الأخذ بالشفعة أما للبائع فظاهر بقاها ملكه في التي يشرع بها وكذا إذا كان للمشتري وبه اشكال أو خضناه في البيوع فلا نعيده

بحث لأن نماسه يتوقف على كون سائر الاموال المذكورة مالا وان لم يكن متفردة وليس الامر كذلك فانها بضالصة بأموال عندنا وقد أفصح عنه قول المصنف فيما قبل وهذه الاعراض ليست بأمرال وقوله في باب المهر من كتاب النكاح ان المنافع ليست بأموال على أصلنا والحق عندى في تعليل أن تقوم مما أبعده أن يقال لانهم ليسا بمعتقوين أصلاً أي لا بالتقويم الضرورى ولا بغير الضرورى كما مر انما (قوله) زعمه اشكال أو خضناه في البيوع فلا نعيده قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير راجحه بل زعمه جواب الاشكال لا الاشكال وهو قوله ومن اشترى داراً على أنه بالخيار فبيعت داراً بجنبها الخ

دون الشفعين وان بيعت داراً بجنبها (الخيار لأحدهما) ان لأحدهما من البائع أو من المشتري (فله الأخذ وقيل بالشفعة) أي بالشفيع ظاهره أنه لا يملك في أي يشفع بها) فإن أخذها بالشفعة كان نفعاً لبيعه لأنه قرر ملكه واقرار البائع على اقرار ملكه في الخيار فليس له إلا أن يملك به (الخيار للمشتري) (ففيه اشكال) وهو ما ذكره البلخي من أن أصل أي حنفية أن المشتري يبيع الدار بشرط لا يملك له مدة فأيامه لا تستحق الا بالملك فكان تناقضاً وقوله (أو خضناه في البيوع) قال في النهاية هذه الحوالة في حق الاشكال غير راجحة بل زعمه جواب الاشكال كذا في حق السؤال كذلك لأن الجواب يتضمن السؤال وقيل لا يفضل في البيوع من هذا الكتاب فيجوز أن تكون واجبة في كتابها المسهل ولو كان الخياراً يملك نفعاً لبيعه لأجل خيار البائع لأجل خيار المشتري

(قوله وإذا أخذها) يعني أخذ المشتري بخيار الشرط الدار المبيعة بحسب الدار المشتراة كان الأخذ منه إجازة للبيع الأول فيسقط خياره لما ذكرناه في طرف البائع (قوله بخلاف ما إذا اشتراها ولم يرها) ظاهر وقوله (ثم إذا حضر شئ من الدار الأولى) يعنى اتى اشتراها المشتري بشرط الخيار (له) أى الشفيع أن يأخذها دون الثانية وهى التى أخذها المشتري بطريق الشفعة لانهما ملكه فى الأولى حين بيعت الثانية قال (ومن ابتاع دارا ثم أفسد) أول كلامه ظاهر وفى قوله (من ابتاع دارا ثم أفسد) أى من عدل الشفعة فهاهو فيما إذا وقع فساد ابتداء لان الفساد اذا كان بعد اعادة هذه الحق الشفعة انما على حدة الأثر ان المصنف فى انا اشتري من مصرافى دارا بخمر ولم يتقاضا حتى أسلمها أسلم أحدهما أو قبض الدار ولم يتبخر الخمر فانه من البيع وحق الشفعة مع فى الشفعة باق لا يفسده بعد وقوعه صحيحا (قوله وفى اثبات حق الشفعة تقرير الفساد فلا يجوز) (١٤١٦)

واذا أخذها كان اجارة منه للبيع بخلاف ما اذا اشتراها ولم يرها حيث لا يبطل خياره بأخذ ما بيع  
بجنبها بالشفعة لان خيار الرؤية لا يبطل بصريح الابطال فكيف بدلالته ثم اذا حضر شقيق الدار الاولى  
له أن يأخذها دون الثمانية لانعدام ملكه في الاولى حين بيع الثامنة قال (ومن ابتاع دارا شرافا فلا  
فلا شفعة فيها) أما قبل القبض فلعدم زوال ملك البائع وبعد القبض لاحتمال الفسخ وحق الفسخ  
ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقرير السادسة ولا يجوز بخلاف ما اذا كان الخيار  
للمشتري في البيع الصحيح لانه صار اخص به تصرفا وفي البيع الفاسد ممنوع عنه

وقيل اذا كانت الحوالة في حق جواب الاشكال راثجة كانت في حق الاشكال كذلك لان الجواب يتضمن السؤال وقيل لم يقبل في ييوع هذا الكتاب فيجوز ان يذكر أرضه في كناية المتهمة في كناية العناية أخذ من معراج الدراية ( أقول ) لا يذهب عليك أرقوله فلان عهده بأبي عن أن يكون مراده بقوله أو مخضنه في الييوع ايضا حده في ييوع كناية المنتهى لان ذكرته في كناية من مذهب ما ذكره في كناية المنتهى لا بعد إعادة ولا لزم أن يكون أكثر مما قل هذا الكتاب بل جميعها من قبيل لا عادة لكونهم ما ذكره في كناية المنتهى ( قوله ومن ابتاع دارا ثم افسادها قال صاحب الزاوية في قوله ومن ابتاع دارا ثم افسادها تلويح الى أن سدم الشفعة انما هو فيما اذا وقع فاسد ابتداءه الى الفساد اذا كان بعد انعقاده صحيحا حق الشفعة باق على حاله اهـ وقال بعض الفقهاء في بيان رجه التسليح حيث أتى بالجمله الفعلية لدالة على المسامحة والاستمرار اهـ ( أقول ) هذا الكلام منه عجيب لان حدوث الفاسد كما لو جرد فيما اذا وقع في ابتداءه لا يتوقف على ثبوت الفاسد اذا وقع بعد انعقاده صحيحا بل الحدوث في الصورة الثانية أظهر وأحلى لان الفساد يتصل فيها بان يكون في ابتداء العدة وأما في الصورة الاولى فهو حاصل في الابتداء ولا يتأثر في الاستمرار " فلهذا جرت الى الصورة الثانية فجرد الايمان بالجمله الفعلية ان لم يكن قوله انما هيية حاراً - لانه ان يكون ملوفاً الى الاولى والصواب ان وجهه التسليح الى ذلك ثم انه جعله قوله شرأنا - فلهذا جرت الى ابتداء العدة الذي هو أصل العدة فعلم به أن المراد هو الفساد في ابتداءه لا قبل الفساد الطارئ وهذا مما لا يستقر به ( قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لعدم الفساد في اثبات حده لثبوت حده )

بقال احتمال الفسخ في البيع الصحيح إذا كان الخيار فيه للشخص الذي قام به يمنع حق الرجوع ولو كان له أن يفسخ  
 بالبيع تصرفاً حيث تعلق بتصرفه الفسخ والأجارة ذلك يوجب حق الشخص في الاسترداد والمالك أن يثبت داراً بغيره أن يفسخ  
 المشتري ممنوع عن التصرف فيه والحاصل أن الفسخ وإن كان ممتنعاً لا يملك المالك الرجوع إليه في الحال على وجه  
 نزل موجب الاحتمال باسقاطه وفي الفاسد لا يملك لأنه ممنوع عن التصرف

(قوله تلويح الى أن عدم الشبهة الخ) أقول حيث أتى بالجائز في العملية الدالة على استمرار قوله أربعين الدور لم يعبأ  
 الخراج) أقول حتى أسلم أو أسلم أحدهما (قوله يعني لا خذ بشبهة) أدركنا في الرد على أثب من الشبهة (قوله وأما  
 العوض لفساد فيه الخ) أقول فيه بحث اذا الحاجة الى اسقاط الموضع بل يكتفي بفساد الشرط كما في خيار ان شرط واعتبار تيمم من  
 الخرف قدبر (قوله وما يلزم) أقول وهو الفساد ههنا (قوله من فرض عدمه وجوبه) أقول فيه بحث

واعترض بأننا لانسلم أنه ممنوع عن التصرف بل له أن يبيع بيعا صحيحا ولا يبقى لبائعه حق النقص وفيه تقرير الفساد أيضا وأجيب بأننا لانسلم أن له ذلك بل هو ممنوع عنه وقد يترتب على المخطور من الاحكام كالوطء حالة الحيض فإنه يحلل المرأة على زوجها الاول وتقرير الفساد المأمور بنقصه من الشرع ممنوع وفي شرع الشفعة في البيع الفساد ذلك والبيع المخطور الصادر من العبد ليس بمضاف الى الشرع وأرى أن قوله وحق الفسخ ثابت بالشرع لدفع الفساد وفي اثبات حق الشفعة تقريره كان كافيا وورد الخيار للمشتري كان يندفع بقوله لدفع الفساد فان الفسخ فيه وان كان ثابتا بالشرع ولكنه ليس لدفع الفساد ولكنه أتى بالسؤال والجواب اشارة الى أن الشفعة تستحق على المالك بملك غير مخطور أو على من صار أحق بالبيع تصرفا والمشتري بالخيار وان لم يكن مالكه وأحق بالتصرف والمشتري شراء فاسدا ليس منهما فان سقط الفسخ بالزيادة في المبيع كالبناء والغرس عند أبي حنيفة وبالبيع من آخر بالاتفاق وجبت الشفعة لزوال المانع (وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فلبائع الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو) أي المشتري (شفيعها لان المالك له) لا يقال في ذلك تقرير الفساد حيث أخذ الدار المبيعة بالشفعة بالدار المشتراة بالفساد لا نقول المشتري بعد أخذ الدار الثانية بالشفعة متمكن من نقض المشتراة شراء فاسدا (٤٤٠) مع عدم الفساد في التي أخذها بالشفعة بخلاف ما تقدم فانه لو ثبتت الشفعة ثم لا تنقل

الشراء الفاسد من المشتري الى الشفيع بوصف الفساد وفي ذلك تقرير فلا يجوز فان قيل المالك وان كان للمشتري وهو يقتضي ثبوت حق الشفعة لكن المانع متحقق وهو بقاء حق البائع في استرداده ما ثبت به حق الشفعة وهو المشتري شراء فاسدا فان بقاء ذلك منفع الشفعة عن أخذ المشتري بالشراء الفاسد أجيب بأن ذلك مجرد تعلق بحق الغير وهو المانع عن الشفعة كقيام حق المرتب من في الدار المرهونة فانه لا يمنع وجوب الشفعة للراهن اذا بيعت دار بجنبها وامتناع

قال (فان سقط حق الفسخ وجبت الشفعة لزوال المانع وان بيعت دار بجنبها وهي في يد البائع بعد فله الشفعة لبقاء ملكه وان سلمها الى المشتري فهو شفيعها لان المالك له ثم ان سلم البائع قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفيعته كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده لان بقاء ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط فبقيت المأخوذة بالشفعة على ملكه وان استردها البائع من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت لانقطاع ملكه عن التي يشفع بها قبل الحكم بالشفعة وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا

واعترض عليه بأنه لم لا يجوز أن لا يثبت الفساد في حق الشفيع لئلا يلزم تقرير الفساد وان ثبت في حق المشتري كما لا يثبت الخيار الثابت للمشتري الذي اشتراها بشرط الخيار في حق الشفيع فيستحقها بدون شرط الخيار كما مر من قبل في قوله ولا خيار للشفيع لانه ثبت بالشرط وهو للمشتري دون الشفيع وأجيب عنه بأن فساد البيع انما يثبت لمعنى راجع الى العوض اما بالشرط في حقه أو لفساد في نفسه كجعل الخمر غنا فسلوا سقطنا العوض ففساد فيه بقي البيع بلا غن وهو فاسد أيضا فلا يمكن انفكاك البيع عن مفسد فلا تثبت الشفعة هناك وأما الخيار فانما يثبت للمشتري لمعنى خارج عن العوضين اذ هو التامل والتروي فاسقاطه في حق الشفيع لا يلزم الفساد فان البيع الصحيح يمكن وجوده بلا شرط خياره سدا زبده مافي الشروح وأورد بعض الفضلاء على قولهم فلا إسقاط العوض لفساد فيه بقي البيع بلا غن حيث قال فيه بحث اذا لاجابة الى اسقاط العوض بل يكفي اسقاط الشرط كما في شرط الخيار واعتبار قيمة مثل الخمر قد بره (أقول) ليس هذا بشئ لان شيئا من اسقاط الشرط واعتبار قيمة مثل الخمر في البيع الفاسد بدون اسقاط نفس العوض مما لا يتصور أما الاول فلا لأن اسقاط

الشفيع عن الاخذ في تلك المسئلة لم يكن مجرد بقاء حق البائع في الاسترداد بل مع لزوم تقرير الفساد ولا تقريره هنا على ما ذكرنا من تمكن المشتري من فسخ ما اشتراه بشراء فاسد (ثم ان سلم البائع) الدار المبيعة بالبيع الفاسد الى المشتري (قبل الحكم بالشفعة) البائع (بطلت الشفعة) لزوال ما كان يستحقها به (كما اذا باع بخلاف ما اذا سلم بعده) لان بقاء ما يستحق به الشفعة في ملك الشفيع بعد الحكم به ليس بشرط (وان استردها) أي الدار المبيعة بالبيع الفاسد من المشتري قبل الحكم بالشفعة له بطلت شفعة المشتري لانقطاع ملكه عما استحقها به قبل الحكم بها ولا تثبت الشفعة للبائع لانه لم يكن في وقت بيع المشفوع جارا (وان استردها بعد الحكم بقيت الثانية على ملكه لما بينا) أن له ملكه في الدار التي يشفع بها بعد الحكم بالشفعة ليس بشرط

(قوله واعترض بأننا لانسلم انه الخ) أقول لفظ الاخص يشكّل يدفع هذا الاعتراض فانه لا يبقى تصرف للبائع فيما اذا كان الخيار للمشتري بخلافه في البيع الفاسد فلا تامل فان قوله في الاستمناع عنه لا يتوقف عليه الاستدلال (قوله وأجيب بأننا لانسلم أن ذلك) أقول ظاهره مقابلة المانع بالمانع فلا بد أن يحمل السؤال على المعارضة وقوله لانسلم تسامح (قوله ولكنه أتى بالسؤال والجواب اشارة الى الخ) أقول واستظهر أيضا وقد سبق مثله في هذا الباب ثم قوله أتى بالسؤال يعني ضمنا

قال (واذا اقسّم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة الخ) وإذا اقسّم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز (ولهذا يجزى فيها جبر القاضى والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة) (٤٤٤) ولانها لو وجبت لوجب للقاسم

لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر (واذا اشترى دارا فسلم الشفعة لغيره ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو خيار شرط أو بيع بقضاء قاض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه) ولا فرق في هذا بين فيما اذا كان الرد بالقضاء من قبض وعدمه وأما اذا رد بها بغير قبض أو قضاء فالأصل بان يكون قبل القبض أو بعده فان كان الاول فلا شفعة لانه فسخ من الاصل ولهذا يتمكن من الرد بغير رضا صاحبه أو قضاء القاضى وان كان الثاني وهو مراد القسمة دورى ففيها الشفعة على ما ذكره في الكتاب قال الشارحون قوله مراده ان مراد القسمة دورى في قوله أو بغير قبض قاض الرد بالبيع بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله هذا ولا فرق في هذا بين البيع وعدمه وانما ذكر رواية الجامع الصغير لبيان اختلاف الروايتين وما هو صحيح منها وأما رواية الكسرى فعنها ولا شفعة في قسمة ولا في الرد بخيار رؤية لما ذكرنا أنه فسخ من الاصل وأما

قال (واذا اقسّم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة) لان القسمة في معنى افرازها يجزى فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة قال (واذا اشترى دارا فسلم الشفعة لغيره ثم ردها المشتري بخيار رؤية أو خيار شرط أو بغير قبض فلا شفعة للشفيع لانه فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه والشفعة في انشاء العقد ولا فرق في هذا بين القبض وعدمه (وان كان بغير قبض فسخ من كل وجه فعاد الى قديم ملكه) لانه فسخ في حقهم لولا انهم اعلوا أنفسهم وقصدوا الفسخ وهو بيع جديد في حق ثالث لوجود حصة البيع وهو مبادلة المال بالمال بالتراضي والشفيع ثالث ومرداه الرد بالبيع بعد القبض لان قبضه فسخ من الاصل وان كان بغير قبض فسخ على ما عرفت وفي الجامع الصغير ولا شفعة في قسمة ولا خيار رؤية وهو يكسر الرأى وممنه لا شفعة بسبب الرد بخيار الرؤية لما بيناه ولا تنصح الرواية بالفتح عطفًا على الشفعة لان الرواية محفوظة في كتاب القسمة انه ثبت في القسمة خيار الرؤية وخيار الشرط لانهم ما يثبت ان طفل في الرضا فيما يتعلق لزمه بالرضا هذا المعنى موجود في القسمة والله سبحانه أعلم

الشرط المفسد الرجوع الى العوض في عقد المتبايعين بالبيع الناسد يستدعى اسقاط نفس العوض المعين في ذلك العقد ضرورة انتفاء المشروط بانتفاء شرطه وأما ما كان عدم اسقاط ما يصلح لأن يكون عوضا في مطلق البيع فغير مفسد لان الشفعة انما يستحق أخذ المشفوع بالثمن الذي أخذ به المشتري لا بطلاق جنس الثمن وأما الثاني فلان اعتبار قيمة مثل النحر في البيع الواقع بين المسلمين غير ممكن لان مثل النحر ليس بمال متقوم عند أهل الاسلام فكيف يتصور اعتبار القيمة لما لا قيمة له وأما في البيع الواقع بين الكفار فيمكن اعتبار القيمة لكونه مالا متقوما عندهم لكن مثل ذلك البيع الصادر منهم بيع صحيح والشفعة ثابتة فيه كما مر في فصل ما يؤخذ به المشفوع والكلام هنا في البيع الناسد فلا معنى للايراد المذکور أصلا (قوله وإذا اقسّم الشركاء العقار فلا شفعة لجارهم بالقسمة لان القسمة فيها معنى الافراز ولهذا يجزى فيها الجبر والشفعة ما شرعت الا في المبادلة المطلقة) قال صاحب العناية ولانها لو وجبت لوجب للمقاسم لكونه جارا بعد الافراز وهو متعذر اه (أقول) فيه نظر أما أولا فلان كون المقاسم جارا بعد الافراز لا يقتضى ثبوت حق الشفعة له لان سبب استحقاق الشفعة ان لم يكن مقدما على زوال ملك المالك عن العقار المشفوع فانه أقل من كونه معه وقد تأخر عنه هنا حيث حصل الجوار بعد الافراز الذي يزول به ملك كل واحد من المقسمين عن الجزء الشائع في حصة الآخر وأما ثانيا فلانه لا يلزم من عدم وجوب الشفعة للمقاسم لاجل مانع يعدم عنه وعوالة المذکور عدم وجوبها للجوار الآخر الذي يتحقق في حقه ذلك المانع فيتم التقريب وقال صاحب غاية البيان ولانه لو وجبت الشفعة وجبت للمقاسم لانه شريك والشريك أولى من الجار ولا يجوز أن يقدم الجار على الشريك اه (أقول) فيه نظر أيضا أما أولا فلو ان المقاسم انما كان شريكا قبل الانقسام رأيا بعده فقد صار جارا فلا يلزم تقدم الجار على الشريك وأما ثانيا فلان تقدم الجار على الشريك انما يتصور ويبطل لو ثبت لذلك الشريك حق الشفعة وأما اذا لم يثبت له حقها لم يمنع كماله من نفسه فلا يتصور تقدم الجار على الشريك في استحقاق الشفعة فضلا عن بطلان ذلك لأن الرد اذا اشترى دارا فسلم الشريك الشفعة فيها أخذها الجار اسقوط حق الشريك كما مر في أوائل كتاب الشفعة ولا يلزم فيه أن يقدم الجار على الشريك فاعطى فيما نحن فيه (قوله مراده الرد بالبيع بعد القبض) قال

(٥٦ - تم كله سابق) رواية الفتح هذا ثبتها القسمة أو بالثمن رجحانه في شرح الجامع الصغير ومنعناها لاشفعة ولا خيار رؤية من قسمة لانه لو رده بخيار رؤية وهو متعذر من طاب القسمة في ساعته لم يكن في الرد فائدة

وفيه نظرسيعلم وأنكر خرا الاسلام كالمصدر الشهيد ومن تابعه هذه الرواية كما ذكره في الكتاب والامام فاضل خان في شرح الجامع الصغير جل رواه الفتح على ما اذا كانت التركة مكسلا وموز ونامن جنس واحد لان الرد فيه بخيار الرثة غير مفيد لان نصيبه في القسمة الثانية اما أن يكون غير ما وقع في الاولى أو مثله ولا فائدة فيه فاما اذا كانت عقارا أو غيره فانهم اذا قسموا تأتبار بما يقع نصيبه فيما وافقه فيكون مفيدا والله أعلم (٤٤٣)

### باب ما يبطل به الشفعة

تأخير البطلان عن الثبوت مما لا يحتاج الى بيان وجه اعلم أن تسليم الشفعة قبل المبيع لا يصح وبعده يصح علم الشفيع وجوب الشفعة أو لم يعلم من أسقط اليه هذا الحق أو لم يعلم لان تسليم الشفعة اسقاط حق ولهذا يصح من غير قبول ولا يرتد بالرد واسقاط الحق يعتمد وجوب الحق دون علم المسقط والمسقط اليه كالطلاق والعناق (قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم) يعني طلب الموائبة بالمبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفيعته وانما فسرنا بذلك لثلاث ارماد ما ذكر قبل هذا أن الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله وبعضه قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب (أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة) أي طلب الموائبة وقوله ههنا لا عراضه عن الطلب وهذا يعني اشتراطه بالقدرة (لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة) فالاعراض يتحقق عند القدرة حتى لو سمع وهو في الصلاة فترك

### باب ما يبطل به الشفعة

قال (واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالمبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفيعته) لا عراضه عن الطلب وهذا لان الاعراض انما يتحقق حالة الاختيار وهي عند القدرة (وكذلك ان أشهد في المجلس ولم يشهد على أحد المتبايعين ولا عند العقار) وقد أوضحناه فيما تقدم

جماعة من الشراح أي مراد القدوري في قوله أو يعيب بقضاء فاض الردي العيب بعد القبض ورد عليهم ذلك صاحب العناية حيث قال قال الشارحون قوله ومراده أي مراد القدوري في قوله أو يعيب بقضاء فاض الردي العيب بعد القبض وفيه نظر لانه يناقض قوله هناك ولا فرق في هذين القبض وعدمه اه وقال بعض العلماء بعد نقل كلام صاحب العناية وفيه كلام وهو انه يمكن أن يقال مراد صاحب الهداية كون التقييد بالقضاء لغوا في صورة عدم القبض لا الفرق بين القبض وعدمه حتى يناقض ما سبق فيتم كلام الشارحين كما لا يخفى فليتامر اه كلامه يعني يمكن أن يقال من جانب هؤلاء الشارحين ان مراد صاحب الهداية بحمل قول القدوري أو يعيب بقضاء فاض على الردي العيب بعد القبض صيانة كلام القدوري عن الغو فان الرد قبل القبض لما كان مستحاضا من الاصل لم يثبت به حق الشفعة أصلا سواء كان بقضاء أو بغير قضاء فلو لم يكن المراد بقوله أو يعيب بقضاء فاض هو الرد بالعيب بعد القبض لكان التقييد بالقضاء لغوا في صورته عدم القبض وليس مراد صاحب الهداية الفرق بين القبض وعدمه في الحكم فيما اذا كان الرد بالقضاء حتى يناقض قوله ههنا فمما سبق (أقول) الحق ان مراد صاحب الهداية ما ذهب اليه صاحب العناية وانما ذكره ذلك البعض ساقط أما الاول فلائله لو كان مراده ما ذهب اليه هؤلاء الشارحون لما ذكر قوله ومراده الردي العيب بعد القبض فيما بعد بيان قول القدوري وان رد بالعيب بغير قضاء الخ بل كان ينبغي أن يذكره قبله أثناء بيان قوله ثم رد بالعيب المشتري بخيار رؤية أو شرط أو يعيب بقضاء فاض وهذا مما لا يذهب على ذي فطرة سليمة له دربه بأساليب كلام الثقات سيما المصنف وأما الثاني فلائله عدم ظهور فائدة التقييد بالقضاء بالنظر الى صورة عدم القبض لا يقتضي كون التقييد بالقضاء لغوا على تقدير كون قول القدوري أو يعيب بقضاء فاض عاماشاملا لصورتي القبض وعدمه لان ظهور فائدة التقييد بالنظر الى بعض أفراد الكلام العام كاف في كون ذلك الكلام المقيد بذلك القيد مصوناعن الغو وغيره بخلاف مجموعهم فسرنا آخر أيضا اذ لم يكن القيد منافيا لعموم ذلك الفرد الآخر وههنا كذلك فان القضاء كما يتصور بعد القبض يتصور قبل القبض أيضا غاية الامر أن تأثير القضاء في عدم ثبوت حق الشفعة انما يظهر فيما بعد القبض تأمل تقف

### باب ما يبطل به الشفعة

لما كان بطلان الشيء يقتضي سابقة ثبوته ذكر ما يبطل به الشفعة بعد ذكر ما يثبت به الشفعة (قوله واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالمبيع وهو يقدر على ذلك بطلت شفيعته لا عراضه عن الطلب)

طلب الموائبة فهو على شفيعته وكذا ان طلب الموائبة وترك طلب التقرير والاشهاد على ما أوضحناه فيما تقدم فان

(قوله وفيه نظرسيعلم) أقول بعد أسطر

### باب ما يبطل به الشفعة

قال المصنف (واذا ترك الشفيع الاشهاد حين علم بالمبيع الخ) أقول قوله حين علم إشارة الى ما عليه عامة المشايخ من أن طلب الشفعة على الفور خلاف ما أسار اليه في باب طلب الشفعة فنذكر (قوله يعني طلب الموائبة) أقول يعني ترك نفسه طلب الموائبة مطلقا أشهد أولا



(وان صالح من شفيعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض) اما بطلان الشفعة فلا تـ حق الشفعة ليس بحق متقرر في الحل لانه مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في الحل لا يصح الاعتياض عنه وأما رد العوض فلا تـ حق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالجائز من الشرط يعني الشرط الملازم وهو أن يتعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع المشتري سئل شفعة هذه الدار أن أجرتني أو أوعرتنيها (فبالفساد) وهو ما ذكر فيه المال (أولى) والفاصل بين الملازم وغيره أن ما كان فيه (٣ ٤ ٥) توقع الانتفاع بمنافع المشفوع كالأجارة

والعادية والتولية ونحوها فهو ملازم لان الأخذ بالشفعة يستلزمه وما لم يكن فيه ذلك كالأخذ بالعوض فهو غير ملازم لانه اعراض عن لازم الأخذ واذا لم يتعلق بالشرط وقد وجد الاسقاط بطل الشرط وصح الاسقاط لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط فكيف يصح الاستدلال به

(قوله فلان حق الشفعة ليس بحق متقرر) أقول على هذا التقرير لا يوجد شرط انتاج الشكل الاول الآن فجهل الصغرى موجبة سالبة الممول والأحسن أن يقرر هكذا حق الشفعة ليس بحق متقرر وكل حق يصح الصلح عنه حق متقرر حتى يكون من الشكل الثاني (قوله وأما رد العوض فلا تـ حق الشفعة الخ) أقول والحق عندى أن قوله لان حق الشفعة دليل على رد العوض وقوله ولا يتعلق اسقاط الخ على بطلان الشفعة على عكس ما قرره شارح وعليك

فال (وان صالح من شفيعته على عوض بطلت شفيعته ورد العوض) لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في الحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط

فان قيل جعل ترك الاشهاد ههنا مبطلا للشفعة وذ كر قيل هذا في باب طلب الشفعة أن الاشهاد ليس بل لازم وانما هو لنفي التجاهد وكذلك ذكر في الذخيرة وغيره ان الاشهاد ليس بشرط وانما ذكر أصحابنا الاشهاد عنده هذا الطلب في الكتب بطريق الاحتياط حتى لو أنكر المشتري هذا الطلب يتمكن الشفيع من اثباته لانه شرط لازم ولما لم يكن الاشهاد شرطاً لازماً لم يكن تركه مبطلا للشفعة فواجه التوفيق بينهما قلنا يحتمل أن يريد بهذا الاشهاد نفس طلب الموائبة ولكن لما كان طلب الموائبة لا ينقل عن الاشهاد في حق علم القاضي سمي هذا الطلب اشهاداً والدليل على هذا ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب الموائبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا كذا في النهاية ومعراج الدراية واكتفى في تاج الشريعة وصاحب الكفاية بتفسير الاشهاد المذكور ههنا بطلب الموائبة حيث قالوا اذا ترك الشفيع الاشهاد أى طلب الموائبة واستغنى عما في التفسير عن التعرض لتفصيل السؤال والجواب بالكلية وفسره صاحب العناية أيضاً بما فسر ابيه ولكن قال بعده وانما فسرنا بذلك لئلا يرد ما ذكر قبل هذا ان الاشهاد ليس بشرط فان ترك ما ليس بشرط في شيء لا يبطله وبعبارة قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائبة وقوله ههنا اعراضه عن الطلب الى هنا كلامه (أقول) فيه خلل لان جعل قول المصنف ههنا اعراضه عن الطلب عاضداً أى معينا لكون المراد بالاشهاد المذكور في الكتاب ههنا نفس طلب الموائبة صحيح اذ لو كان الاشهاد ههنا على معناه الظاهري لقال في تعليل بطلان الشفعة تركه لاعراضه عن الاشهاد دون أن يقال لاعراضه عن الطلب وهو الذي أشار اليه صاحب النهاية ومعراج الدراية بقوله ما والدليل عليه ما ذكره من التعليل في حق ترك طلب الموائبة مثل ما ذكره من التعليل ههنا اهـ وأما جعل قول المصنف من قبل والمراد بقوله في الكتاب أشهد في مجلسه ذلك على المطالبة طلب الموائبة عاضداً أيضاً ذلك فليس يصح اذ لا يذهب على ذى مسكة ان مراد المصنف هناك بقوله المذكور هو أن المراد بقوله في الكتاب على المطالبة طلب الموائبة لا طلب التقرير وليس مراده ان المراد بقوله في الكتاب أشهد على طلب الموائبة اذ لو كان كذلك لكان معنى ما في الكتاب طلب في مجلسه ذلك على المطالبة وفساده من حيث اللفظ والمعنى غير خاف على أحد والمفسر ههنا بطلب الموائبة نفس الاشهاد فأين هذا من ذلك وكيف يتصور أن يكون أحدهما عاضداً للآخر (قوله وان صالح من شفيعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض لان حق الشفعة ليس بحق متقرر في الحل بل هو مجرد حق التملك فلا يصح الاعتياض عنه ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى فيبطل الشرط ويصح الاسقاط) قال صاحب العناية

بالأمل وكى الحاكم الفصل ثم قوله اسقاط مبتدأ وقوله لا يتعلق الخ خبره (قوله وهو أن يتعلق اسقاطه بشرط ليس فيه الخ) أقول لا يخفى عليك أن الشرط المذكور في مثل قول الشفيع أسقطت شفيعتي فيما اشتريت على أن تسقط شفعتك فيما اشتريت ملازم على ما ذكره من التفسير وغير ملازم على ما ذكره في بيان الفاصل فليتامل قال المصنف (فبالفساد أولى) أقول وهو شرط الاعتياض عن حق ليس بمال فان قلت متى ثبت فساد فلت في الدليل الاول فليتامل (قوله ونحوها فهو ملازم) أقول كالأجارة والمعاملة (قوله لا يقال لم يثبت فساد هذا الشرط الخ) أقول اذا كان المراد بالفساد عدم الملازمة لا يتوجه السؤال

في شرح هذا المقام وان صالح من شفيعته على عوض بطلت الشفعة ورد العوض أما بطلان الشفعة فلا نحق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل لان مجرد حق التملك وما ليس بحق متقرر في المحل لا يصح لا تباض عنه وأما رد العوض فلا نحق الشفعة اسقاط لا يتعلق بالناظر من الشرط يعني الشرط المأثر وهو أن يتعلق اسقاطه بشرط ليس فيه ذكر المال مثل قول الشفيع للشري سلتك شفعة هذه الدارات أجزتها وأما رد العوض فاسد وهو ما ذكره في المبالأولى اه كلامه (أقول) هذا شرح سقيم غير مطابق للسرد لان وزع تسليم المصنف بقوله نحق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل الخ الى قوله بطلت الشفعة والى قوله ورد العوض فجعل قوله لان حق الشفعة الى قوله فلا يصح الاعتياض عنه ذيل الا على قوله بطلت الشفعة وجعل قوله ولا يتعلق اسقاطه بالخ ذيل على قوله ورد العوض بطريق الف والشرط المرتب ولا يخفى على ذي فطر تسليمه متأمل في كلام المصنف بأدنى تأمل ان حق التوزيع على عكس ذلك وهذا مع كونه مما يدل عليه قطعا معنى المقام يرشد اليه جدا التفريعان المذكوران في ذيل الدليلين الحاصلين من التوزيع أعني قوله فلا يصح الاعتياض عنه في الاول وقوله فيسطل الشرط ويصح الاسقاط في الثاني تبصر واعترض صاحب غاية البيان على قول المصنف ولا يتعلق اسقاطه بالناظر من الشرط فبالفساد إلى حيث قال ولنا فيه نظر لان اسقاط حق الشفعة يتعلق بالناظر من الشرط ألا يرى الى ما قال محمد في الجامع الكبير لو قال الشفيع سلت شفعة هذه الدارات كنت اشتريتها لفعل وقد اشتراها غيره أو قال للبايع سلمه الله ان كنت بعتهما لنفسك وقد باعها غيره فهو هذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع على التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق وانعتاق ولهذا لا يرتد بالردوما كان اسقاطا محضا صح تعليقه بالشرط وما صح تعليقه بالشرط لا يترك الا بعد وجود الشرط فلا يترك التسليم انه قال الشارح المعنى بعد نقل هذا النظر عن صاحب الغاية قلت استخرج هذا النظرا غير الوارد من قول الشيخ أبي المعين النسفي في شرح الجامع الكبير حيث قال نيمه فان قيل اذا لم يجب العوض يجب ان تبطل الشفعة أيضا لانه انما يبطل حقه بشرط سلامة العوض فاذ لم يسلم وجب ان يبطل كما في الكفالة اذا صالح الكفيل المكفول له على مال حتى يبرئه من الكفالة لم يسلم يجب العوض لم تبطل البراءة قيل له بأن لما لا يصلح عوضا عن الشفعة فصار كأنه رخص في باب الخلع واصلح عن دم العمد وثمة يقع الطلاق ويسقط انقصاص اذا وجد القبول من المراءات والقاتل لم يجب شيء كذا هنا وأما الصلح عن الكفالة بانفس فكذلك على ما ذكر محمد في كتاب الشفعة من المبسوط وكتاب الكفالة والحوالة من المبسوط في رواية أبي حفص وعلى ما ذكر في كتاب الحوالة والكفالة من المبسوط في رواية أبي سليمان لا يبرأ ويحتاج الى الفرق والفرق ان حق الشفيع مع قد سقط بعوض هو ان الثمن سلم له فانه متى أخذ الدار بالشفعة وجب عليه الثمن متى سلم له الثمن فقد سلم له فوع عوض بازاء التسليم لا بد من القول بسقوط حقه في الشفعة فأما المكفول له فلم يرض بسقوط حقه عن الكفيل بغير عوض ولم يحل له عوض أصلا فلا يسقط حقه في الكفالة اه ومن هذا الباب يحصل الجواب عن النظر المذكور الى هنا لفظ شرح المعنى (أقول) لا يذهب سائر انه يحصل من الجواب المذكور في كلام الشيخ أبي المعين الجواب عن النظر المذكور بل لا ماساس به ذلك انما وقع من السؤال والجواب في كلام الشيخ أبي المعين متعلق بأصل المسئلة والنظر المذكور متعلق بهمة الدليل في قوله لا يتعلق اسقاطه بالناظر من الشرط فأحدهما معزل عن الآخر كيف لا وقد ذكر صاحب النابذة في كلام الشيخ أبي المعين بتمه نقلا عنه حيث قال وورد الشيخ أبو المعين النسفي في شرح الجامع سؤال الجواب في هذا الموضع قال فان قيل اذا لم يجب العوض يجب أن لا تجب شفعته أيضا الى آخر كلامه ثم أورد نظره المذكور في حاشية أخرى ولم يجب عنه فيمن سألون لا يخفى

لانا نقول ثبت بالدليل الاول فصحه بالاستدلال وقوله (على عوض) اشارة الى أن الصلح اذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لان ذلك على وجهين أحدهما أن يصالحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز فقد اعراض والثاني أن يصالحه على أخذ بيت بعينه من الدار بحصته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لان حصته محجوبة وله الشفعة لفقد الاعراض

(قوله لانا نقول ثبت بالدليل الاول) أقول دلالة الدليل الاول على فساد كلا الشرطين لا الثاني فقط تأمل (قوله اذا كان على بعض الدار صح) أقول لان بعض الشيء لا يملك عوضا عنه

قوله (وكذا الوبايع شفيعته) يعني أنهم تبطل (المأبينا) أن حق الشفعة ليس بحق متقرر في المحل حتى يصح الاعتياض عنه فكان اعراضا فان قيل حق الشفعة كحق القصاص والطلاق والعتاق في كونها غير أموال والاعتياض عنها صحيح أجاب بقوله بخلاف القصاص لأنه حق متقرر والفاصل بين المتقرر وغيره أن ما يتغير بالصلح عما كان قبله فهو متقرر وغيره غير متقرر واعتبر ذلك في الشفعة والقصاص فان نفس القاتل كانت مباحة في حق من له القصاص وبالصلح حصل له العصمة في دمه فكان حقا متقرا فأما في الشفعة فان المشتري يملك الدار قبل الصلح وبعده على وجه واحد فلم يكن حقا متقرا وبخلاف الطلاق والعتاق لأنه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره إذا قال الزوج للخيرة اختاري بيني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاخترت الخيرة الزوج وامرأة العنين ترك الفسخ سقط الخيار ولا يثبت العوض لأنه مال لبعضها قبل اختيارها وبعده على وجه واحد فكان أخذ العوض أكل مال بالباطل وهو لا يجوز (والكفالة بالنفس في هذا) أي في بطلان الكفالة (٤٤٥) والعوض (عنزلة الشفعة) في رواية

كتاب الشفعة والحالة كتاب الشفعة والحالة والكفالة والصلح من رواية أبي حفص وقيل وعليه الفتوى ووجهه أن حق الكفيل في الطلب وهو فعل فلا يصح الاعتياض عنه (وفي رواية) كتاب الصلح من رواية أبي سليمان (لا تبطل الكفالة ولا يجب المال) والفرق بينهما وبين الشفعة أن الكفالة لا تسقط بالانتهاء والرضا ولهذا لا تسقط بالسكوت وتتمام الرضا انما يتحقق إذا وجب المال وأما حق الشفعة فليس كذلك لأنه يسقط بالسكوت بعد العلم به وقيل هذه الرواية أي رواية أبي سليمان في الكفالة تكون رواية في الشفعة أيضا حتى لا تسقط الشفعة بالصلح على مال ولا يجب المال

وكذا الوبايع شفيعته بمال المأبينا بخلاف القصاص لأنه حق متقرر وبخلاف الطلاق والعتاق لأنه اعتياض عن ملك في المحل ونظيره إذا قال للخيرة اختاري بيني بألف أو قال العنين لامرأته اختاري ترك الفسخ بألف فاخترت سقط الخيار ولا يثبت العوض والكفالة بالنفس في هذا عنزلة الشفعة في رواية وفي أخرى لا تبطل الكفالة ولا يجب المال وقيل هذه رواية في الشفعة وقيل هي في الكفالة خاصة وقد عرفت في موضعه

ثم قال صاحب العناية وقوله على عوض إشارة إلى أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة لأن ذلك على وجهين أحدهما أن يصالحه على أخذ نصف الدار بنصف الثمن وفيه الصلح جائز لعقد الاعراض والثاني أن يصالحه على أخذ ذببت بعينه من الدار بمحضته من الثمن والصلح فيه لا يجوز لأن حصته مجهولة وله الشفعة لفقد الاعراض اهـ (أقول) فيه بحث أما أولا فلا نأخذ لأنسان في قوله على عوض إشارة إلى أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة إذا لا يتصور إشارة قوله المذكور إلى ذلك لا بطريق مفهـ ومخالفة ولا شك أن مفهوم قوله على عوض بطريق المخالفة هو معنى بلا عوض وهو يعم بعض الدار وكل الدار وما ليس بدار ولا عوض أصلا إذا لا يصلح شيء منهما لأن يكون عوضا فيصير الصلح في جميع هذه الصور بلا عوض وإن مفهوم قوله في جواب المسئلة تبطلت الشفعة ورد العوض نعم أيضا ما صح الشرط وبطلت الشفعة وما لم يصح الشرط ولم تبطل الشفعة وما صح الشرط والشفعة أيضا فمن بين هذه الاحتمالات كيف يحصل الإشارة إلى خصوص أن الصلح إذا كان على بعض الدار صح ولم تبطل الشفعة كما في الوجهين اللذين ذكرهما نعم الحكم في الوجهين المذكورين كما قاله على ما صرح به في المبسوط وعمامة المعتبرات لكن الكلام في عدم تمام إشارة عبارة الكتاب إليه كما ادعاه صاحب العناية وأما ثانيا فلا نأخذ لأن تعليل جواز الصلح في الوجه الأول من الوجهين اللذين ذكرهما بفقد الاعراض مما لا يكاد يتم لأن فقد الاعراض متحقق في الوجه الثاني منهما أيضا كما صرح به مع عدم جواز الصلح فيه لجهالة الحصة المشروطة في الصلح على مانص عليه فالوجه في تعليل جواز الصلح في الوجه الأول أن يقال لكون الحصة معلومة تدبر (قوله وكذا الوبايع شفيعته بمال المأبينا)

(وقيل هي) أي هذه الرواية المذكورة (في الكفالة خاصة) يعني لا تبطل الكفالة بالصلح على مال وتبطل الشفعة بالصلح على مال (وقد عرفت في موضعه) أي في المبسوط

قال المصنف (وكذا الوبايع شفيعته بمال المأبينا) أقول يعني أنفا وأنت تعلم أن ما بينه لا يفي بتمام المدعى ههنا إذا لا إسقاط في البيع فلا بد من ملاحظة مقدمة أخرى (قوله فكان حقا متقرا) أقول يعني كان القصاص حقا متقرا (قوله فأما في الشفعة فان المشتري الخ) أقول فيه بحث إذ حق الشفعة انما يثبت للشفيع لا للمشتري وذلك تغير بالصلح حيث سقط ولم يبق له قدرة التملك جبرا بمثل ثمنه وبعبارة أخرى أن الدار كانت مباحة التملك جبرا بمنزل ثمنه وبالصلح خرجت عن كونها كذلك فليست أملك فيه فجوابه غير خفي (قوله ووجهه أن حق الكفيل في الطلب الخ) أقول ولعل الاضافة لأنني ملازمة والمعنى حق الطالب على الكفيل (قوله ولهذا لا تسقط بالسكوت) أقول أي بسكوت الطالب

قال ( واذا مات الشفيع بطلت شفيعته الخ ) اذا طلب الشفيع الشفعة وانبتا بطلين ثم مات قبل الاخذ فاما ان يكون موته قبل القضاء بالشفعة او تسليم المشتري اليه او بعد ذلك فان كان الاول بطلت شفيعته وليس لو رثته ان يأخذوها وان كان الثاني فلهم ذلك وقال الشافعي الاول كالثاني بناء على اصله انه احتققت تنصل الى الورثة سواء كانت مما يعرض عنها ولم تكن لان الوارث يقوم مقام المورث ليكون حاجته كحاجته رثته الشفعة بالملك وفدال الموت والدي ثبتت الوارث حدث بعد البيع وهو غير معتبر لان قضاء رطه وهو قديم موث ببيع ربة واه الى وقت القضاء وله انزاله باختياره بان اعترضه وهذا نظير الاختلاف في خيار الشرط في أن الثابت الشفيع حتى أن يملك الخيارين الاخذ والترك وان مات المشتري لم تبطل الشفعة لبقاء المستحق ( ولا تباع الدار في دين المشتري وروية ) اي لا يقدم دين المشتري وروية على حق الشفيع لان حق الشفيع مقدم على حق المشتري كما تقدم فلو كان مقدما على حق من ثبتت حقه من جهةه أيضا وهو الغريم والموصى له فان باعها القاضي أو وصيه في دين الميت فلا شفيع أن يقضيه كالمو باعها المشتري في حياته لا يقال يسع القاضي حكم منه فكيف ينتقض بانه قضاء منه بخلاف الاجماع لا جاع على أن للشفيع حق نقض تصرف المشتري فلا يكون ( ٤٤٦ ) فاذا واذا باع الشفيع ما يشفع فيه قبل القضاء بها فاما ان يكون بائنا أو بالخياره فان

كان الاول بطلت شفيعته  
لزال السبب وهو الاتصال  
بالمالك قبل التملك (ولهذا)  
أي زوال السبب  
ببطل (يزول به) أي  
بالبيع وان لم يعلم الشفيع  
بشراء الماشفوعة لان العلم  
بالمسقط ليس بشرط لصحة  
الاسقاط كما اذا سلم صريحا  
أبراه عن الدين ولا يعلم  
أنه دين وطول بالفرق  
بينها وبين ما اذا سلم  
الشفيع المشفوعة من  
المشتري أو استأجرها منه  
فان لم بالشراء سقطت والا  
فلا وأوجب بأن المساومة  
والاجارة لم يوضع للتسليم  
وانما تسقط به الدلالة على رضا الشفيع والرضا دون العلم غير متحقق بخلاف التسليم الصريح والابراء  
ورد أن بيعه ايشفيع به لم يوضع للتسليم وقد ذكرتم انه يبطلها وان لم يعلم وأوجب بأن بقاء ما يشفع به شرط الى وقت القضاء بالشفعة  
وانتفاء الشرط يستلزم انتفاء المسروط فكان كل موضوع له في قوة الدلالة وان كان الثاني لم يبطل شفيعته لان الخيار يمنع الزوال فبقى  
الاتصال قال (وكيل البائع اذا باع وهو الشفيع فلا شفعة له الخ) ذكر الاصل وهو ان من باع عقارا هو شفيعه كوكيل بالبيع  
أو يبيع له كرب المال اذا باع المضارب دار من المصاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة له

قال المصنف (ولانه بالموت يرسل ملكه) أقول مصنف على المعنى كانه قال لما مر في البيع ولا به (قوله لان العلم بالمسقط الخ) أقول  
لعل المراد ان العلم به لا يوجب كونه له (وهو ان كان الثاني الخ) أقول معطوف الى ما تقدم بمثابة أسطر تخميننا وهو قوله  
فان كانت الوارث بطلت شفيعته الخ سبب قوله (الشفيع) أقول وهو راجع الى قوله رجلا قال المصنف (وكيل المشتري الى  
قوله لا شفيعه) أقول في غاية الرفاهية من باع عقارا هو شفيعه كوكيل بالبيع أو يبيع له كرب المال اذا باع المضارب دار من  
المضاربة ورب المال شفيعها فلا شفعة ومن اشترى كوكيل المشتري أو اشترى له كالموكل بالشراء فلا شفعة الخ اه كلامه معناه  
الموكل بالشراء اذا كان شفيعا للدار المشفوعة وان كان الاخر الاذن منه سقط به وان ساواه تناصفا

ومن اشترى لو كيل المشتري أو اشترى له كالأكيل بالشراؤه الشفعة لما ذكر في الكتاب وهو أن الأول يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والثاني ليس كذلك لأن أخذه بالشفعة كالشراء في كونها رغبة في المشفوعة والشفعة انما تبطل في الرغبة عنها (وكذلك) أي كوكيل البائع لو ضمن المشتري الدرك رجلا عن البائع وهو الشفيع فلا شفعة له لأن تمام البيع انما كان من جهته حيث لم يرض المشتري الا بضمائه فكان الأخذ بالشفعة سعيًا في نقض ما تم من جهته (وكذا اذا باع وشروط الخيار لغيره الخ) واذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف فسلم الشفعة ثم علم أنها بيعت بأقل منها أو بخطأ أو بشيء غير قيمته ألف (٤٧٩) أرا كثر تسليمه باطل وهو على

شعته أم في الأول فلا نه انما سلم استكثارا بالثمن المذكور فاذا ظهر أقل من ذلك بطل تسليمه قال في النهاية كأنه قال سلمت ان كان الثمن ألفا أراد أنه تسليم مشروط بشرط فيبقى بالتلف مشروطه وفيه نظر ساقى بخلافه ما اذا ظهر أكثر من الألف فان مستكثر الألف أكثر استكثر الاكثر ثمن كان التسليم صحيحا وأما في الثاني فلا نه بما سلمت أنه ذر الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به اذا الجنس مختلف قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فيه لو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا لا يضر تكاف دليل عليه حيث قال في المبسوط وكذلك لو أخبر أن الثمن عباد وثوب ثم ظهر أنه كان مكبلا أو موزونا فهو على شفيعته ولم يتعرض ان قيمة المكبل والموزون أقل من قيمته التي شراها أو أكثر وكذلك تعليل دال عليه وكذلك ما ذكره في الايضاح من التعليل دال عليه هكذا ايضا استدلال في الذخيرة بما ذكره في المبسوط وقال فلو أخبر أن الثمن شيء من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه كان مكبلا أو موزونا فهو على الشفعة هكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي ثم قال يعني هذا انما يفسر لو أخبر أن الثمن ألف درهم فاذا ظهر أنه مكبل أو موزون فهو على شفيعته على كل حال انما يفسر اللفظة وقال صاحب العناية قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فلو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا وتكاف ذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فانه انما يصح فيما اذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلا يصح اذا ظهر أقل أولى اه (اقرأ) ما ذكره صاحب العناية لا يدفع ما قاله صاحب النهاية من كون التقييد الواقع في عبارة الكتاب بقوله قيمتها ألف أو أكثر

ومن اشترى أو ابتاع له فله الشفعة لأن الأول بأخذ المشفوعة يسعى في نقض ما تم من جهته وهو البيع والمشتري لا ينقض شراؤه بالأخذ بالشفعة لانه مثل الشراء (وكذلك لو ضمن الدرك عن لبائع وهو الشفيع فلا شفعة له) وكذلك اذا باع وشروط الخيار لغيره فأقصى المشروط له الخيار لبيع وهو الشفيع فلا شفعة له لأن البيع تم بامضائه بخلاف جانب المشروط له الخيار من جانب المشتري قال (واذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بخطأ أو بشيء غير قيمتها ألف أو أكثر فتسلمه باطل وله الشفعة) لانه انما سلم لاستكثار الثمن في الأول ولتعدد الجنس الذي بلغه وتيسر ما بيع به في الثاني اذا الجنس مختلف وكذا كل مكبل أو موزون أو عددي متقارب بخلاف ما اذا علم أنها بيعت بعرض قيمته ألف أو أكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير وان بان أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف فلا شفعة له وكذا اذا كانت أكثر وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا أن الجنس متعدد في حق الثمنية

المعاوضات المالية ولم يكن أيضا شيئا من المعاوضات أصلا فلا جرم كان اسقاط قيمته المطلوب هنا وعن هذا قال في المبسوط لو باع شفيعته بمال كان تسليمه لان البيع عليك مال بمال وحى الشفعة لا يحتمل التعليل فيصير كلامه عبارة عن الاسقاط مجازا كبيع الزوج زوجته من نفسها اه (قوله واذا بلغ الشفيع أنها بيعت بألف درهم فسلم ثم علم أنها بيعت بأقل أو بخطأ أو بشيء غير قيمتها ألف أو أكثر فتسلمه باطل وله الشفعة) قال صاحب النهاية تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فلو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا لان اطلاق ما ذكره في المبسوط والايضاح دليل عليه حيث قال في المبسوط وكذلك لو أخبر أن الثمن عباد وثوب ثم ظهر أنه كان مكبلا أو موزونا فهو على شفيعته ولم يتعرض ان قيمة المكبل والموزون أقل من قيمته التي شراها أو أكثر وكذلك تعليل دال عليه وكذلك ما ذكره في الايضاح من التعليل دال عليه هكذا ايضا استدلال في الذخيرة بما ذكره في المبسوط وقال فلو أخبر أن الثمن شيء من ذوات القيم فسلم ثم ظهر أنه كان مكبلا أو موزونا فهو على الشفعة هكذا ذكره شمس الأئمة السرخسي ثم قال يعني هذا انما يفسر لو أخبر أن الثمن ألف درهم فاذا ظهر أنه مكبل أو موزون فهو على شفيعته على كل حال انما يفسر اللفظة وقال صاحب العناية قال في النهاية تقييده بقوله قيمتها ألف أو أكثر غير مفيد فلو كان قيمتها أقل مما اشترى من الدراهم كان تسليمه باطلا أيضا وتكاف ذلك كثيرا وهو يعلم بالاولوية فانه انما يصح فيما اذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلا يصح اذا ظهر أقل أولى اه (اقرأ) ما ذكره صاحب العناية لا يدفع ما قاله صاحب النهاية من كون التقييد الواقع في عبارة الكتاب بقوله قيمتها ألف أو أكثر

موزون أو عددي متقارب لكونه في معنى المكبل بخلاف ما اذا علم أنها بيعت بعرض قيمتها ألف أو أكثر لان الواجب فيه القيمة وهي دراهم أو دنانير فصار كل واحد منهما باطل ببيعته بألف فسلم ثم ظهر أكثر من ذلك ولو كانت قيمتها أقل من ذلك لم يصح التسليم وان ظهر أنها بيعت بدنانير قيمتها ألف أو أكثر فلا شفعة له وقال زفر له الشفعة لاختلاف الجنس ولنا أن الثمن واحد حق المقصود وهو الثمنية ومبادله أحدهما بالآخر متيسرة عادة

(قوله وتكاف ذلك كثيرا الخ) أقول هذا لا يدفع كلام صاحب النهاية فانه لا كلام في انما هذا التقييد من أول الوهلة ما ذكره فالأولى هو الاطلاق



(واذا قيل للشفيع ان المشتري فلا ان فسلم الشفعة ثم تبين أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) فالرضا بجوار شخص قد لا يكون رضى  
بجوار غيره قال محمد رحمه الله في (٤٤٨) الجامع لو قال الشفيع سلمت شفعة هذه الداران كنت اشتريتها لنفسك و

قال (واذا قيل له ان المشتري فلا ان فسلم الشفعة ثم علم انه غيره فله الشفعة) لتفاوت الجوار (ولو علم  
ان المشتري هو مع غيره فله ان يأخذ نصيب غيره) لان التسليم لم يوجد في حقه (ولو بلغه شراء النصف  
فسلم ثم ظهر شراء الجميع فله الشفعة) لان التسليم لضرر الشركة ولا شركة وفي عكسه لا شفعة في  
ظاهر الروية لان التسليم في الكل تسليم في أبعاضه  
فصل قال (واذا باع دارا لامقدار ذراع منها في طول الحد الذي يلي الشفيع فلا شفعة له)  
لان قطاع الجوار هو هذه حيلة وكذا اذا هب منه هذا المقدار وسلمه اليه

غير مفيد فانه لما كان جواب المسئلة غير مختلف فيما اذا كان قيمتها ألفا أو أكثر وأقل كان التقيد  
بكونها ألفا أو أكثر غير مفيد قطعاً فان لم يكن مغللاً بناء على اهمامه في بادئ الرأي بتقيد الحكم أيضاً فلا  
أقل من كونه مستدركا وان عد السلك مسلك الدلالة بالاولوية مع كونه أمراً مهمما في هذا المقام كفى  
أن يقال قيمتها أكثر فان التسليم اذ لم يصح فيما اذا ظهر الثمن أكثر من المسمى فلا ان لا يصح فيما اذا  
ظهر أقل منه أو مساوياً له أو في سائر المخلص من استدراك أحد القيد (قوله واذا قيل له ان المشتري  
فلا ان فسلم الشفعة ثم علم أنه غيره فله الشفعة لتفاوت الجوار) يعني لتفاوت الناس في الجوار فالرضا بجوار  
هذا لا يكون رضا بجوار ذلك كذا في الكافي قال محمد رحمه الله عليه في الجامع الكبير لو قال الشفيع  
سلمت شفعة هذه الداران كنت اشتريتها لنفسك وقد اشترها لغيره فهذا ليس بتسليم وذلك لان الشفيع  
علق التسليم بشرط وصح هذا التعليق لان تسليم الشفعة اسقاط محض كالطلاق والعاق فصح تعليقه  
بالشرط ولا يترك الابعد وجوده اه وقال صاحب العناية ههنا بعد نقل ما قاله محمد في الجامع وهذا  
كما ترى يناقض قول المصنف فيما تقدم ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد أولى اه ولا  
يخفى ان كلام صاحب العناية هنا خلاصة النظر الذي أورده الشارح الاتقني فيما تقدم على قول  
المصنف ونقلناه عنه وذكروا ما يتعلق به من الكلمات هنالك وقصد بعض الفضلاء دفع ذلك حيث قال  
وأنت خبير بأنه فرق ما بين شرط وشرط فاسبق كان من الشروط التي تدل على الاعراض عن الشفعة  
والرضا بالجوار مطلقا بخلاف ما ذكرهنا فانه اذا لم يتيسر للشفيع أداء ما اشترى به الدار لم يدل تسليمه على  
الاعراض اذ لا قدرته على أخذه وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عرو فليتأمل اه كلامه  
(أقول) هذا ليس بسديد لان حاصله جعل الشرط المد كور في كلام المصنف فيما سبق على الشرط  
المخصوص وهو الشرط الذي يدل على الاعراض وجعل الشرط المذكور في كلام الامام محمد في الجامع  
على الشرط المخصوص الآخر وهو الشرط الذي لا يدل على الاعراض ولا يخفى على السطن ان شيئاً من  
كلامهم ما لا يستدرك ذلك أصلاً ما كلام المصنف فلا انه قال ولا يتعلق اسقاطه بالجائز من الشرط فبالفساد  
أولى ولا شك ان اولوية عدم تعلق اسقاطه بالفساد من عدم تعلق اسقاطه بالجائز من الشرط انما يظهر اذا  
كان المراد بالشرط الجائز جنس الشرط الجائز لا الشرط الجائز المخصوص لجواز أن يكون لخصوصه حالة  
مانعة عن التعليق لم توجد ثالث في الفاسد وأما كلام الامام محمد فلا انه قال لان تسليم الشفعة اسقاط  
محض كالطلاق والعاق فصح تعليقه بالشرط ولا يخفى أن ما يفرع على كون تسليم الشفعة اسقاطاً  
محضاً انما هو صحة تعليقه بالشرط مطلقاً لا صحة تعليقه بشرط معين سيما الشرط الذي لا يدل على  
الاعراض فان كونه اسقاطاً يقتضي الاعراض دون عدم الاعراض تأمل تنف  
فصل لما كانت الشفعة تسقط في بعض الاحوال علم تلك الاحوال في هذا الفصل

اشترها لغيره فهذا ليس  
بتسليم وذلك لان الشفيع  
علق التسليم بشرط وصح  
هذا التعليق لان تسليم  
الشفعة اسقاط محض  
كالطلاق والعاق يصح  
تعليقه بالشرط فلا يترك  
الابعد وجوده وهذا كما  
ترى يناقض قول المصنف  
رحمه الله فيما تقدم ولا  
يتعلق اسقاطه بالجائز من  
الشرط فبالفساد أولى  
وقوله (في ظاهر الرواية)  
احترار عمار وى عن أبي  
يوسف على عكس هذا  
لانه قد يتمكن من تحصيل  
ثن النصف دون النصف  
وقد تكون حاجته الى  
النصف ليست به مرافق  
ملكه ولا يحتاج الى الجميع  
فصل لما كانت  
الشفعة تسقط في بعض  
الاحوال علم تلك الاحوال  
في هذا الفصل

(قوله وهذا كما ترى يناقض  
قول المصنف الخ) أقول  
وأنت خبير بأنه فرق ما بين  
شرط وشرط فاسبق كان  
من الشروط التي تدل على  
الاعراض عن الشفعة  
والرضا بالجوار مطلقا بخلاف  
ما ذكرهنا فانه اذا لم يتيسر  
للشفيع أداء ما اشترى به  
الدار لم يدل تسليمه على الاعراض اذ لا قدرته لا أخذه وكذا تسليمه لزيد لا يدل على الرضا بجوار عرو فليتأمل  
فصل واذا باع دارا

لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة تحصيل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتج الى بيانه وكلامه واضح وقوله (لما ينال) اشارة الى قوله لانه قطع الجوار وقوله (الا أن المشتري في الثاني شريك) لانه حين اشترى الباقي كان شريكا بشراء الجزء الاول واستحقاق الشفعين الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه بعد فيتقدم على الجار وقوله (فإن أراد الحيلة) هذه حيلة ترجع الى دليل رغبة الشفعين في الشفعة والاولى ترجع الى ابطال حق الشفعة وقوله (الا اذا استحققت المشفوعة) استثناء من قوله وهذه أخرى يعني أنها (٤٤٩) حيلة عامة الا أن فيها وهم وقوع

الضرر على البائع على تقدير نهبه ومستحق يستحق الدار لانه يبقى كل الثمن على مشتري الثوب وهو بائع الدار يتضرر به أي يرجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن الذي هو أضعاف قيمة الدار وقوله (والا وجه الخ) تقريره اذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحققت الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفا وانما يرجع بما أعطاه لانه اذا استحققت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كالموابع الديار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادف أنه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف

لما ينال قال (واذا ابتاع منها سهما ثمن ثم ابتاع بقيتها فالشفعة له) السهم اول دون الثاني لان الشفعين جار فلهما اذا المشتري في الثاني شريك فيتقدم عليه فان أراد الحيلة ابتاع السهم بالثمن الادرهما مثلا والباقي بالباقي وان ابتاعها بثلثي ثم دفع اليه ثوبا عوضا عنه فالشفعة بالثلثي دون الثوب لانه عقد اخو والثلثي هو العوض عن الدار قال رضي الله عنه وهذه حيلة أخرى نعم الجوار والشركة فيباع بأضعاف قيمته ويعطى بها ثوب بقدر قيمته الا أنه لو استحققت المشفوعة يبقى كل الثمن على مشتري الثوب لقيام البيع الثاني فيمضربه والاوجه أن يباع بالدرهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير

لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به وفي استعمال الحيلة لاسقاط الشفعة يحصل الخلاص من مثل هذا الجار فاحتج الى بيانه كذا في العناية وغيرهما لما كان يتجه على ظاهر هذا التوجيه ان البائع يخرج المبيع من يده وملكه بالبيع فيحصل به الخلاص له من أذيه مثل ذلك الجار السابق فاما الاحتجاج الى استعمال الحيلة لاسقاط شفته تدارك دفع ذلك بعض الفضلاء حيث قال قول صاحب العناية يتأذى به في قوله لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به بأن قال في استيفاء الثمن وقال ويجوز أن يقال ذلك فيما اذا كان للبائع دار أخرى وردها المبيعة فتدبر اه (أقول) الاظهر عندي أن تارة المقصود من اسقاط شفعة من ذلك الجار الفاسق الذي يتأذى به يدفع تأذي الجيران الملاصقين بالدار المبيعة دون دار ذلك الجار الفاسق لا دفع مجرد تأذي نفس البائع ولا يذهب عليك ان هذه الفائدة مما تحقق في كثير من الصور بخلاف ما ذكره ذلك البعض فتدبر (قوله والا وجه أن يباع بالدرهم الثمن دينار حتى اذا استحق المشفوع يبطل الصرف فيجب رد الدينار لا غير) قال صاحب النهاية وبيان ذلك ما ذكره في شفعة فتاوى قاضيان فقال ومن الحيلة اذا أراد أن يبيع الدار بعشرة آلاف درهم يبيعها بعشرين ألفا ثم يقبض تسعة آلاف وخمسة ثم يقبض بالباقي عشرة ذنانير أو ثل أو كثر فلما أراد الشفعين أن يأخذوها يأخذها بعشرين ألفا فلا يرغب في الشفعة ولو استحق الدار على المشتري لا يرجع المشتري بعشرين ألفا وانما يرجع بما أعطاه لانه اذا استحققت الدار ظهر أنه لم يكن عليه ثمن الدار فيبطل الصرف كالموابع الديار بالدرهم التي للمشتري على البائع ثم تصادف أنه لم يكن عليه دين فانه يبطل الصرف

(قوله لاحتمال أن يكون الجار فاسقا يتأذى به) أقول في استيفاء الثمن ويجوز أن يقال ذلك فيما اذا كان البائع دار أخرى وراء الدار المبيعة فتدبر (قوله واستحقاق

(٥٧ - تسهيله سابق) الشفعين الجزء الاول لا يبطل شفعة المشتري في الجزء الثاني قبل الخصومة لكونه في ملكه) أقول قبل متعلق بقوله شفعة الضمير في لكونه رايه - الجزء الاول وانضمير في قوله ملكه راجع الى المشتري (قوله) تقريره اذا أراد أن يبيع الدار الخ) أقول أنت خير بان ما ذكره في الكتاب بل ذلك التصريح مبرح - لانه أخرى نعم الجار والشريك على ما ذكره الاطام الزيل وتقرير ما في الكتاب على ان يقدّر بدل الدرهم بالثلث الا ان يقدّر بقيمة الدار فيكون صريحا في ذمته من الدرهم - اذا - العذر تبين أن لا دين على المشتري فيبطل الصرف لا تتراق قبل القبض فيجب رد الدينار لا غير ملتأما

وقوله (ولا تنكره الحيلة) اعلم أن الحيلة في هذا الباب إما أن تكون للرفع بعد الوجب أو لدفعه فالأول مثل أن يقول المشتري الشفيع أنا أولها لك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند أبي يوسف ومكره عند محمد رحمه الله وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة ومنهم من قال لا تنكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بالخلاف وإنما الخلاف في فصل الزكاة

مسائل متفرقة ﴿ ذكر مسائل متفرقة في آخر الكتاب كإيهام اليهود في ذلك ولم يذكر محمد في الجامع الصغير من مسائل الشفعة الأذهمة والفاظه ظاهرة سوى (٤٥٠) مانته عليه (قوله فيتضرر به) أي بتفريق الصفقة عليه وزيادة الضرر به زيادة

ضرر الشفيع فان أخذ الملك منه ضرر وضرر الشفيع زيادة على ذلك والشفعة شرعت لدفع ضرر الدخيل فلا تشرع على وجه يتضرر به الدخيل ضرراً زائداً وقوله (ولا فرق في هذا) أي في جواز أخذ الشفيع نصيب أحد المشتريين بينهما إذا كان قبيل قبض المشتري الدار وبعد وقوله (هو الصحيح) احتراز عما رواه الصدوري قال روي عنه أن المشتري إذا كان اثنين لم يكن الشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما قبيل القبض لأن التملك يقع على البائع فتتفرق عليه الصفقة وله أن يأخذ نصيب أحدهما بعد القبض لأن التملك حينئذ يقع على المشتري وقد أخذ منه جميع ملكه

قال (ولا تنكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف وتكره عند محمد) لأن الشفعة إنما وجبت لدفع الضرر ولو أبجنا الحيلة مادفعناه ولا يوجب أن يثبت الحق فلا يبعد ضرر أو على هذا الخلاف الحيلة في إسقاط الزكاة

### ﴿ مسائل متفرقة ﴾

قال (وإذا اشترى خمسة نفر داراً من رجل فالشفيع أن يأخذ نصيب أحدهم وإن اشتراها رجل من خمسة أخذها كلها أو تركها) والفرق أن في الوجه الثاني بأخذ البعض تتفرق الصفقة على المشتري فيتضرر بزيادة الضرر وفي الوجه الأول يقوم الشفيع مقام أحدهم فلا تتفرق الصفقة ولا فرق في هذين ما إذا كان قبيل القبض أو بعده هو الصحيح إلا أن قبل القبض لا يمكنه أن يأخذ نصيب أحدهم إذا تقدم عليه مالم ينقصد الآخر حصته كيلا يؤدي إلى تفريق البائع بمنزلة أحد المشتريين بخلاف ما بعد القبض لأنه سقطت يد البائع وسواء سمي لكل بعض غنائاً وكان الثمن جلة لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا للثمن وههنا تفريعات ذكرناها في كفاية المنتهى

أن يقبض بعض غنائها ويباع بالباقي دنائره عن هذا قال المصنف فيما إذا استحق المشفوع فيجب رد الدينار لا غير وقالوا أنه لا يرجع المشتري بعشرين ألفاً وإنما يرجع بما أعطاه نعم كلا العيني مشتري كان في أن يعا الجوار والشركة وأن لا يتضرر ببيع الدار فيها لعدم لزوم رجوع مشتري الدار عليه بكل الثمن عند ظهور من يستحق الدار في شيء منهما فصار أحدهما نظيراً لآخر في الحيلة لأعيته فلا يصلح أحدهما لأن يكون بياناً وشرحاً للآخر كما لا يخفى (قوله ولا تنكره الحيلة في إسقاط الشفعة عند أبي يوسف رحمه الله وتكره عند محمد رحمه الله) قال في العناية أخذ من النهاية ومعرّاج الدواية اعلم أن الحيلة في هذا الباب إما أن تكون للرفع بعد الوجب أو لدفعه فالأول مثل أن يقول المشتري الشفيع أنا أولها لك فلا حاجة لك في الأخذ فيقول نعم تسقط به الشفعة وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه قال بعض المشايخ غير مكروه عند أبي يوسف ومكره عند محمد وهو الذي ذكر في الكتاب وهذا القائل قاس فصل الشفعة على فصل الزكاة ومنهم من قال لا تنكره الحيلة لمنع وجوب الشفعة بالخلاف وإنما الخلاف في فصل الزكاة انتهى (أقول) في هذا التقرير شيء وهو أنه إما أن يراد بالاجماع والاختلاف في قوله وهو مكروه بالاجماع والثاني مختلف فيه إجماع المجتهدين واختلافهم في نفس المسئلة أو إجماع المشايخ واختلافهم في الرواية وأياً ما كان لا يخلو التقرير المذكور عن اضطراب أما على الأول

وقوله (بمنزلة أحد المشتريين) يعني أن أحد المشتريين إذا تقدم عليه من الثمن ليس له أن يقبض نصيبه من الدار فلان حتى يؤدي كلهم جميع ما عليهم من الثمن لئلا يلزم تفريق اليد على البائع وقوله (لأن العبرة في هذا لتفريق الصفقة لا للثمن) حتى لو تفرقت الصفقة من الأبداء فيما إذا كان المشتري واحداً والبائع اثنين واشترى نصيب كل واحد منهم ما يصفقة على حدة كان الشفيع أن يأخذ نصيب أحدهما وإن ساق المشتري ضرر عيب الشركة لأنه رضى بهذا العيب حيث اشترى كذلك وأما بيان تفريق الصفقة واتحادها فقد تقدم في كتاب البيوع

﴿ مسائل متفرقة ﴾ (قوله يتضرر به الدخيل ضرراً زائداً) أقول يعني على الأخذ (قوله فتتفرق عليه الصفقة الخ) أقول وجوابه أن يحبس الجميع إلى أن يستوفي جميع الثمن فلا يؤدي إلى تفريق اليد عليه

(ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقام به البائع أخذ الشفع النصف الذي صار للشري أو تركه) وليس له أن ينقض القسمة بأن يقول للشري ادفع الى البائع حتى أخذ منه سواء كانت القسمة بحكم أو بغيره (لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض في الهبة بالقسمة والشفيع لا ينقض القبض) (يعيد الدار الى البائع) (وان كان له فيه نفع يعود العهدة الى البائع فكذلك لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الشريك الذي لم يبيع نصيبه) فان الشفع ينقضه (لان العقد ما وقع مع الذي قاسم) فانه لم يجز بين المتعاقدين (ولم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم البيع بل هو تصرف بحكم الملك) فكان مبادلة والشفيع أن ينقض المبادلة كالبيع وغيرها من التصرفات كالهبة (واطلاق الجواب في الكتاب) أي في الجامع الصغير وهو قوله أخذ الشفع النصف الذي صار للشري (بدل على أن الشفع يأخذ النصف الذي صار للشري في أي جانب كان وهو رواية عن أبي يوسف رحمه الله) والباقي ظاهر قال (٥٥١) (وتسليم الاب والوصى الشفعة) قد ذكرنا أن الحل والصغير في استحقاق الشفعة

والكبير لا استواء في سببه فيقوم بالطلب والاخذ من يقوم مقامه شرعا في استيفاء حقوقه وهو الاب ثم وصيه ثم جده أو أبيه ثم وصيه ثم الوصي الذي نصبه القاضي فان لم يكن أحد هؤلاء فهو على شفعية إذا أدرك فان ترك هؤلاء الطلب بعد الامكان أو سلم بعد الطلب سقطت (عند أبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله) وقال محمد وزفر رحمه الله هو على شفعية إذا باع قال المشايخ (وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة) لكن عند أبي حنيفة رحمه الله إذا كان في مجلس القاضي لان الوكيل يطلبها قائم

قال (ومن اشترى نصف دار غير مقسوم فقام به البائع أخذ الشفع النصف الذي صار للشري أو يدع) لان القسمة من تمام القبض لما فيه من تكميل الانتفاع ولهذا يتم القبض بالقسمة في الهبة والشفيع لا ينقض القبض وان كان له نفع فيه يعود العهدة على البائع فكذلك لا ينقض ما هو من تمامه بخلاف ما اذا باع أحد الشريكين نصيبه من الدار المشتركة وقاسم المشتري الذي لم يبيع نصيبه حيث يكون الشفع ينقضه لان العقد ما وقع مع الذي قاسم فلم تكن القسمة من تمام القبض الذي هو حكم العقد بل هو تصرف بحكم الملك فينقضه الشفع كما ينقض بيعه وهبته ثم اطلاق الجواب في الكتاب يدل على أن الشفع يأخذ النصف الذي صار للشري في أي جانب كان وهو المروي عن أبي يوسف لان المشتري لا يملك ابطال حقه بالقسمة وعن أبي حنيفة أنه انما يأخذها اذا وقع في جانب الدار التي يشفع بها لانه لا ينبغي جارا فيما يقع في الجانب الآخر قال (ومن باع دار وله عبده أذن عليه دين فله الشفعة وكذا اذا كان العبد هو البائع فله الشفعة) لان الأخذ بالشفعة تلك بالثمن فينزل منزلة الشراء وهذا لانه مفيد لانه يتصرف للغير ما بخلاف ما اذا لم يكن عليه دين لانه يبيعه لمولاه ولا شفعية لمن يبيعه له قال (وتسليم الاب والوصى الشفعة على الصغير جائز عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد وزفر رحمه الله هو على شفعية اذا باع) قالوا وعلى هذا الخلاف اذا بلغه ما شراء دار بمجوار دار الصبي فلم يطلبها الشفعة وعلى هذا الخلاف تسليم الوكيل بطلب الشفعة في رواية كتاب الوكالة وهو الصحيح لمحمد وزفر أنه حق ثابت للصغير فلا يملك ابطاله كدبته وقوده ولا نه شرع يدفع الضرر فكان ابطاله اضرا به وله ما أنه في معنى التجارة فيملك ان تركه ألا ترى أن من أوجب بيعه للصبي صح رده من الاب والوصى

فلان القطع يكون الثاني مختلفا فيه لا يكون تاما حنيفة لان اختلاف الاجتهاد في الثاني انما كان على قول بعض المشايخ من الرواة وأما على قول بعضهم فلا خلاف بين المجتهدين في عدم كراهة الحيلة في هذا الفصل وانما الخلاف بينهم في فصل الزكاة كذا ذكره وأما على الثاني كما هو المتبادر من قوله قال

مقام الموكل في الخصومة ومحلها مجلس القاضي وعند أبي يوسف رحمه الله فيه وفي غيره لكونه نائباً عن الموكل مطبقاً وعند محمد وزفر رحمه الله لا يصح منه التسليم أصلاً وقوله (وهو الصحيح) احتراز عما روي أن محمداً مع أبي حنيفة في جواز تسليم الوكيل الشفعة خلافاً لأبي يوسف (لمحمد وزفر رحمه الله أنه حق ثابت للصغير فلا يملك ابطاله كدبته) وفي بعض النسخ كدبته بالنون والاول يناسب ما قرن به وهو قوله (وقوده) والثاني يناسب رواية المبسوط لانه قال كالأبراء عن الديون والعقود عن القصاص الواجب له (ولانه شرع يدفع الضرر) وفي ابطاله اضرا به ولا يبي حنيفة وأبي يوسف رحمه الله أنه في معنى التجارة لانه يملك العين فيملكه بوضعه أنه لو أخذها الولي بالشفعة ثم باعها من بائعه جاز فكذلك اذا سلمها اليه بل أولى لاسلامته عن توجه العهدة بخلاف البيع منه ووضعه بقوله (الآرى) وهو واضح

(قوله فانه لم يجز بين المتعاقدين) أقول أي المتقاسمين (قوله قد ذكرنا أن الحل الخ) أقول لم يذكر الحل فيما تقدم يعني في باب ما يجب فيه الشفعة (قوله وقال محمد وزفر رحمه الله) أقول خالف الشارع في ترتيب المشرع (قوله قائم مقام الموكل في الخصومة ومحلها مجلس القاضي) أقول يعني في محل الخصومة الخ

ولانه دائر بين المفع والضرب وقد يكون النظر في تركه لبقى الثمن على ملكه والولاية نظرية فيملكه  
وسكوتهما كابطالهما الكره داليل لا عراض وهذا اذا بيعت بمثل قيمتها فان بيعت بأكثر من قيمتها بما  
لا تغاير الناس فيه تيل جاز التسليم بالاجماع لا ينعض نظرا ومثل لا يصح ما تناقض لانه لا يعتد بالخذ  
فلا يعتك التسليم كالا جني وان بيعت بأقل من قيمتها بحباة كثيرة من أبي حنيفة انه يصح التسليم  
منهما أيضا لرواية عن أبي يوسف والله اعلم

بعض المشايخ غير مكر وه الخ فلاف اقتطع يكون الأول مكروه لا يصح حينئذ لان شمس الأئمة  
السرخسي روى عدم كراهه الاحتمال في باب الشفعة على كل حال حيث قال في باب الشفعة بالعروض  
من المبسوط بعدما ذكر وجوه الخير والاستعمال بهذه الحيل لا بطلان حول الشفعة لأبأس به أم قبل  
وجوب الشفعة ولا اشكال فيه وكذلك بعد الوجوب اذا لم يكن قصد المشتري الاضرار به وانما  
قصده الدفع عن ملك نفسه ثم قال وتبين هذا قول أبي يوسف وأما عند محمد نكره ذلك على  
قياس اختلافهم في الاحتمال لاسقاط الاستبراء وللمنع من وجوب الزكاة انتهى قال الامام  
فاضلان في فتاواه ذكر محمد درجة الله عليه في اصل السيلة في اسقاط الشفعة ولم يذكر  
الكرهه قالوا عى قول أبي يوسف لا تكرهه على قول محمد تكرهه ونذكره الخيلة تمنع  
وجوب الزكاة ومنع الاستبراء على قول أبي يوسف لا تكرهه وقال بعض المشايخ  
تكره الخيلة لاسقاط الشفعة بعد الوجوب لانه احتمال لا بطلان حنى واجب  
وقبل الوجوب ان كان الجار فاسقانة أذى منه فلا بأس به وقال الشيخ  
الامام شمس الأئمة السرخسي لأبأس بالاحتمال لا بطلان حق  
الشفعة على كل حال اما قبل وجوب الشفعة فلاشك  
في لو تركا اكتساب المال للمنع وجوب الزكاة وبعد وجوب  
الشفعة لا يكره الاحتمال ايضا لانه احتمال لا دفع  
الضرر من نفسه لا لا ضرر بانفع غير فضائل  
ما ذكر في الكتاب دلالة على هذا  
في هنا فقط تنال قاضيه

م

على ملكه بخلاف الدية  
والقود فان تركهما ترك  
بلا عوض فيكون اضرا  
به وقوله (وسكوتهما  
كابطالهما) لما كان ماذ كر  
من الدليل مختصا بالتسليم  
أردفه بقوله وسكوتهما  
كابطالهما (لكونه دليل  
الاعراض وهذا اذا بيعت  
بمثل قيمتها) أو الغبن اليسير  
من المثل (فان بيعت بأكثر  
من قيمتها) يغني فاحش (قبل  
جاز التسليم بالاجماع)  
يعنى من غير خلاف لهما  
وزفر لانه تمنع نظرا وقيل  
لا يصح بالاتفاق (وهو  
الاصح) لانه لا يعتك الاخذ  
فلا يعتك التسليم (كالا جني)  
فيكون الصبي على حقه  
اذا بلغ (وان بيعت بأقل من  
قيمتها بحباة كثيرة من أبي  
حنيفة لا يصح التسليم)  
منهما ما اذا لم يصح عنده  
لا يصح عند محمد ودفرا أيضا  
لانهم لم يرا تسليهما اذا  
بيعت بمثل الثمن فلان لا يرا  
اذا بيعت بأقل بحباة كثيرة  
أولى وانما خص قول أبي  
حنيفة رحمه الله بالذكر لأن  
الحباة الكثيرة لا تخرجها  
عن كونها بيعا في التجارة  
وله ما ولاية الاشباع عن  
الاتجار في مال الصغير  
ولكن نال لا يصح التسليم  
في هذا لان تصرفه مافى

بهم ثم الجز الساع من ذلك لفتح آية بر رياء الجزاء الله رآه الله

ماله انما يكون بالتالي هي أحسن وليس تركها ههنا كذلك ولهذا المعنى أيضا خص قول أبي يوسف بقوله (لا رواية عن أبي يوسف) لانه  
كان مع أبي حنيفة في صحة التسليم فيما اذا بيعت بمثل قيمتها والله أعلم بالصواب



فهرست الجزء السابع من نتائج الافكار تكملة فتح القدير

صفحة	صفحة
٢١٩ باب غسخ اذ جارة	٢ باب افراد المريض
٢٢٤ مسائل منثورة	١٣ فصل في بيان الاقرار بالنسب
٢٢٥ (كتاب المكاتب)	٢٢ (كتاب الصلح)
٢٣٤ فصل في الكتابة الفاسدة	٣٠ فصل والصلح جائز عن دعوى الاموال الخ
٢٤٢ باب ما يجوز للكتاب أن يفعله	٣٨ باب التبرع بالصلح والتوكيل به
٢٤٩ فصل واذا اشترى المكاتب أباه أو ابنه الخ	٤٠ باب الصلح في الدين
٢٥٣ فصل واذا ولدت المكاتب من المولى الخ	٤٦ فصل في الدين المشترك
٢٦١ باب من يكاتب عن العبد	٥٢ فصل في التخارج
٢٦٣ باب كتابة العبد المشترك	٥٧ (كتاب المضاربة)
٢٧٠ باب موت المكاتب وعجزه وموت المولى	٧٠ باب المضارب يضارب
٢٨٠ (كتاب الولاء)	٧٣ فصل واذا شرط المضارب لرب المال ثلث الربح الخ
٢٨٨ فصل في ولاء الموالاة	٧٤ فصل في العزل والقسمه
٢٩٢ (كتاب الاكراه)	٧٨ فصل فيما يفعله المضارب
٢٩٧ فصل وابطأ كره على أن يأتى كل الميتة أو يشرب الخمر الخ	٨٣ فصل آخر
٣٠٩ (كتاب الحجر)	٨٦ فصل في الاختلاف
٣١٤ باب الحجر للفساد	٨٨ (كتاب الوديعة)
٣٢٤ باب الحجر بسبب الدين	٩٩ (كتاب العارية)
٣٣٢ (كتاب المأذون)	١١٣ (كتاب الهبة)
٣٥٧ فصل واذا أذن ولي الصبي للصبي في التجارة الخ	١٢٩ باب الرجوع في الهبة
٣٦٠ (كتاب الغصب)	١٣٩ فصل ومن وهب جارية الاجلها الخ
٣٧٥ فصل فيما يتغير بعمل الغاصب	١٤٥ (كتاب الاجارات)
٣٨٦ فصل ومن غصب عينا فغيبها الخ	١٥٢ باب الأجر متى يستحق
٣٩٧ فصل في غصب مال ابنة قوم	١٦٣ فصل ومن استأجر رجلا ليذهب الى المصرة الخ
٤٠٥ (كتاب الشفعة)	١٦٤ باب ما يجوز من الاجارة وما يكون خلافا فيها
٤١٨ باب طلب الشفعة والحصول فيها	١٧٤ باب الاجارة الفاسدة
٤٢٤ فصل في مسائل الاختلاف	١٩٩ باب ضم الأجير
٤٢٧ فصل فيما يدوخذبه المشفوع	٢٠٨ باب الاجارة على أحد السرطين
٤٣٠ فصل واذا بنى المشتري فيها أو غرس الخ	٢١٣ باب اجارة لعبد
	٢١٨ باب الاختلاف في الاجارة

صيفة	صيفة
٤٤٨ فصل واذا باع دار الامقدار ذراع منها الخ	٤٣٥ باب ما تجب فيه الشفعة وما لا تجب
٤٥٠ مسائل متفرقة	٤٤٢ باب ما يبطل به الشفعة
﴿ تمت ﴾	

